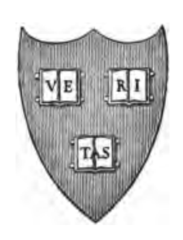
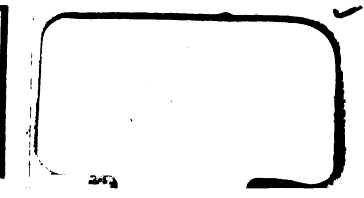
Hirsekorn

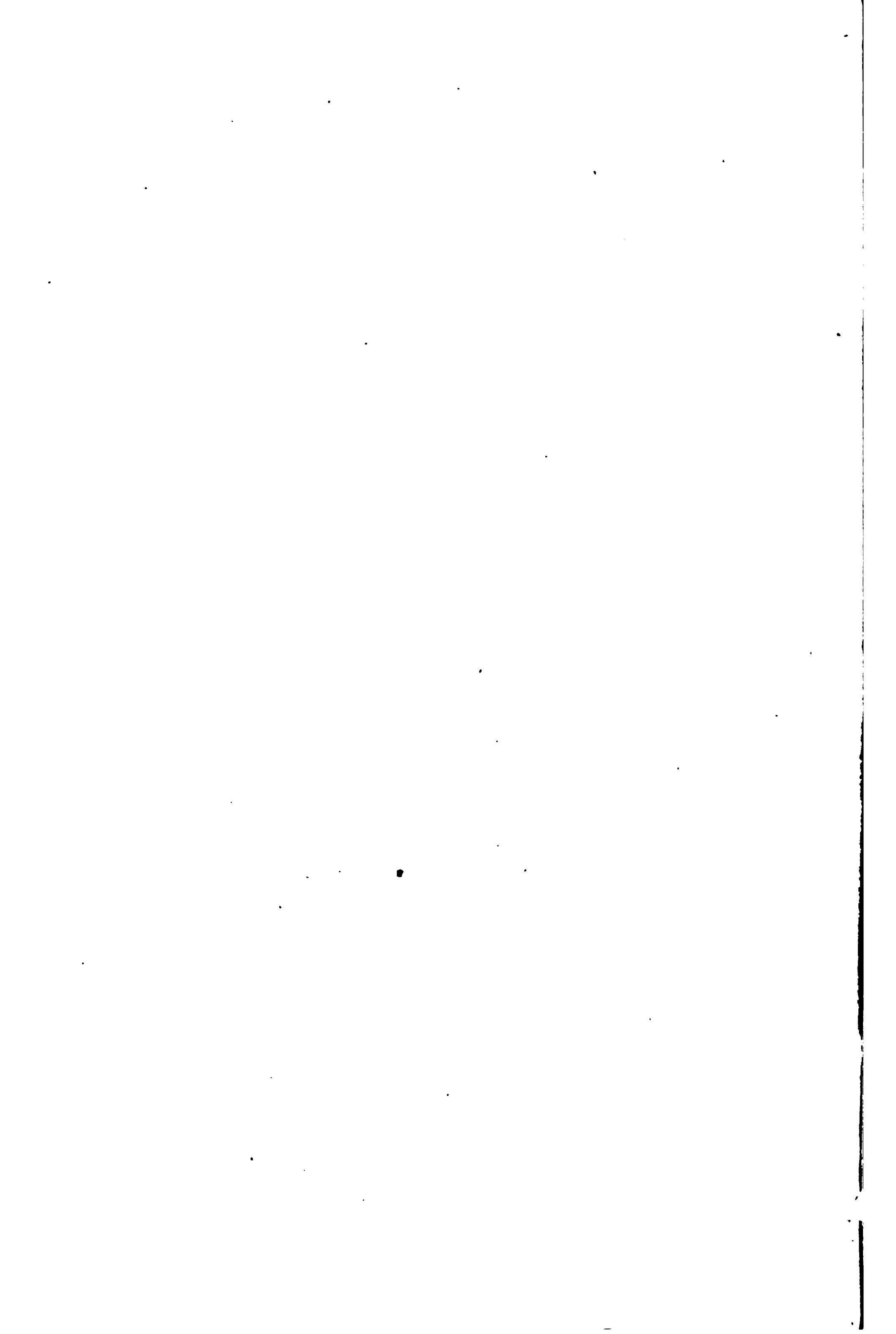
Die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch

Dissertation

1879


VE RI
TAS





ÜBER
DIE ÖFFENTLICHEN SACHEN IM GEMEINGEBRAUCH.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE

IN DER

JURISPRUDENZ

VORGELEGT DER

JURISTISCHEN FACULTÄT

DER

FRIEDRICH-WILHELMS-UNIVERSITÄT ZU BERLIN

UND ÖFFENTLICH ZU VERTHEIDIGEN

am 10. October 1879

von

Simon Hirsekorn,

Kammergerichts-Referendar.

OPPONENTEN:

Dr. Sarrazin, Gerichts-Assesssor.
Dr. Friedlaender, Kammergerichts-Referendar.
Dr. Rethwisch, Kammergerichts-Referendar.

BERLIN.

DRUCK VON MAX COHN, ALEXANDER-STRASSE 26.

1879.

Literatur.

Auf die überaus reichhaltige Literatur wird im Texte an geeigneter Stelle verwiesen werden. Hier sollen nur diejenigen literarischen Erscheinungen Erwähnung finden, welche im Laufe der Arbeit, der Kürze halber, nicht mit vollständiger Titelangabe versehen sind.

1) Rechtsgutachten, die Festungswerke der Stadt Basel betreffend, von Dr. *F. B. v. Keller*. Berlin, 3. August 1859, veröffentlicht im Jahre 1861.
2) Der Streit zwischen Basel-Stadt und Basel-Land über die Festungswerke der Stadt Basel. Ein Rechtsgutachten von *R. Ihering* in Giessen. Leipzig 1862 (I).
3) Rechtsgutachten über den zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt obwaltenden Streit bezüglich der Festungswerke der Stadt Basel, mit Rücksicht auf die Lehre von den öffentlichen Sachen, erstattet von Dr. *H. Dernburg*. Halle 1862.
4) Erwiderung auf das von *H. Dernburg*, Professor in Halle, in dem .... Rechtsstreit über die Festungswerke der Stadt Basel abgestattete Rechtsgutachten von *R. Ihering*. Basel 1862 (II).
5) Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach römischem und heutigem Recht, von *Heinrich Wappäus*. Göttingen 1876.
6) Ueber das Rechtsverhältniss der res publicae in publico usu (nach römischem Recht), von *Eisele*.
7) *Kappeler*, der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufes, (entwickelt aus den Quellen des römischen Rechts).
8) *Hesse*, Jahrbücher für Dogmatik VII, 5.



I. Theil.
Das römische Recht.

Einleitung.

§ 1.
Die verschiedenen Beziehungen des Ausdrucks res publicae.

Bei *Gajus* (comm. II, § 10, l. 1 pr. D. de d. r. 1, 8) finden wir die res publicae den res privatae gegenübergestellt; quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur. Privatae autem sunt, quae singulorum sunt. Hiernach sind im weitesten Sinne res publicae alle diejenigen Sachen, welche nicht in dem Eigenthume einer einzelbestimmten, natürlichen Person sich befinden.[1] Ob die Gesammtheit an ihnen wirkliches Eigenthum hat, oder ob sie aus natürlichen Verhältnissen oder rechtlichen Bestimmungen, überhaupt in Niemandes Eigenthum stehen, kommt hier nicht in Betracht.

In diesem weitesten Sinne erscheinen beispielsweise auch die herrenlosen occupirbaren Gegenstände und die sog. res communes omnium als res publicae.[2]

In dieser umfangreichen Bedeutung findet sich indessen der Ausdruck res publicae sehr vereinzelt.

Häufiger werden damit in einem engeren Sinne alle diejenigen Sachen bezeichnet, in deren Begriff sich folgende gemeinsame Merkmale nachweisen lassen:

1) Die Abwesenheit des Eigenthums blosser Privatpersonen.[3]

---

[1]) *Kappeler* S. 1, und *Hesse* S. 182 in den Eingangs angeführten Schriften.

[2]) L. 2 pr. D. de d. r. 1,8; §§ 7. 8. J. de r. d. 2, 1.

[3]) Siehe am Schlusse dieses Paragraphen die Note [4].

2) Eine besondere Beziehung auf das Gemeinwesen (Gesammtheit).
3) Das Vorhandensein eines dem Gemeinwesen zustehenden privatrechtlichen Eigenthums. [1])

Ad 2 und 3 ist zu bemerken: Unter Gemeinwesen ist hier nicht bloss der Staat, sondern auch die Stadtgemeinde zu verstehen,[2]) wenn auch letztere Ausdehnung des Publicitätsbegriffs eine uneigentliche ist, wie *Ulpian* betont: Bona civitatis (d. i. der Stadtgemeinde) abusive publica dicta sunt. [3])

Nicht zu den ea, quae publica sunt zählen die res communes der Dorfgemeinden [4]) und der sonstigen juristischen Personen, die nicht den Charakter einer Verbindung für öffentliche rechtliche Zwecke haben, sondern mehr willkürliche und private Bildungen des Verkehrslebens sind. [5])

Unter den res publicae mit den vorstehend aufgeführten drei gemeinsamen Merkmalen unterscheiden die Quellen sodann:

1) Die fiscalischen Sachen, das Vermögen des Staates (oder der Gemeinde), welches der Staat (oder die Gemeinde) wie eine Privatperson gebraucht, welches demnach nicht dem Gebrauche und der Benutzung der einzelnen Glieder der Gesammtheit anheimgegeben ist,

---

[1]) Letzteres für die res publicae in publico usu nachzuweisen, ist Hauptaufgabe dieser Arbeit.

[2]) L. 4, §§ 4. 7 ad leg. Jul. pec. 48,13 . . . . qui publicam pecuniam retinuerit . . . . et si de re civitatis aliquid suscipiat . . . peculatus crimen committi; L. 9 de usurp. 41,3: usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus . . . . publicis populi Romani et civitatum. S. dag. *Kappeler.*

[3]) L. 15 de V. S.

[4]) Die vici waren in politischer Beziehung den städtischen Gemeinden incorporirt. Es fehlte ihnen der öffentliche Charakter; sie wurden nicht als ein Gemeinwesen, sondern nur als gewöhnliche juristische Person mit einem von der Stadtgemeinde abgesonderten Vermögen betrachtet. (*Puchta* Jnst. § 191, Bd. 2.)

[5]) Böcking Pand. § 71.

sondern seine Bestimmung in der Bestreitung der pecuniären Bedürfnisse, in der Verwendung für die Zwecke der Gesammtheit als solcher findet (patrimonium fisci seu civitatis, pecunia populi sive res publicae.)[1]) Sie heissen offenbar nur deshalb res publicae, weil sie im Eigenthum des Fiscus, der öconomischen Personification des Gemeinwesens stehen;[2])

2) Die dem bürgerlichen Verkehr in einem bestimmten Umfange entzogenen Objecte, welche zum allgemeinen Gebrauch dauernd bestimmt sind, res publicae publico usui destinatae, oder einfach in publico usu.[3]) Für diese, die res publicae im engsten und gewöhnlichsten Sinne, hat sich in der Sprache des gemeinen Rechts der Ausdruck „öffentliche Sachen" eingebürgert, und regelmässig sind im Laufe dieser Abhandlung auch nur sie gemeint, wo ohne nähere Bezeichnung von res publicae gesprochen ist.[4])

I. Abschnitt.

§ 2.

Die vor dem Baseler Rechtsfall herrschende (ältere) Ansicht bezüglich der römischen Annahme eines an den res publicae in publico usu stattfindenden Eigenthums.

In Folge der Bewegung der dreissiger Jahre h. s. trennte sich der schweizerische Canton Basel in zwei Halbcantone, Basel-Stadt und Basel-Land. Bei dieser Trennung

---

[1]) L. 14 pr. D. de a. r. d. 41,1, l. 6 pr. D. de c. e. 18,1.

[2]) *Kappeler* S. 2.

[3]) L. 1, § 3 D. de flum. 43,12; l. 6, § 1 D. de d. r. 1,8.

[4]) Als gemeinsames Merkmal der res fiscales und der res publicae in publico usu ist oben auch „die Abwesenheit des Eigenthums blosser Privaten" aufgeführt worden. Zwar kennt sowohl das römische, wie auch das heutige Recht eine Menge öffentliche Sachen im Eigenthum von Privatpersonen. Doch besteht zwischen letzteren und denjenigen Sachen, welche, im Eigenthum eines Gemeinwesens stehend, dem Gemeingebrauche gewidmet sind, ein rechtlicher Unterschied. Hier wiegt das öffentliche, dort das Privatinteresse vor;

kam es gelegentlich der Auseinandersetzung über das gemeinsame privatrechtliche Eigenthum zu einem Processe, in dem es sich um die Rechtsfrage handelte: ob die Festungswerke der Stadt Basel nur dem staatlichen Hoheitsrechte unterworfen seien, und deshalb von dem Inventar des in Theilung fallenden Staatsvermögens ausgeschlossen werden mussten; oder ob sie vielmehr zu den Objecten des wirklichen Staatseigenthums zu zählen, und demgemäss mit in die Theilungsmasse zu bringen seien.

Das in dieser Sache unter Vorsitz des Dr. *F. R. Keller* angeordnete, eidgenössische Schiedsgericht erkannte im Jahre 1833 zu Ungunsten des Cantons Basel-Land dahin, dass die res publicae publico usui destinatae, wie öffentliche Strassen und Brücken, und also auch die Festungswerke nicht in die Klasse des einfachen, fiscalischen Eigenthums gehörten, vielmehr bei ihnen das Recht des Staates zu einem Souveränitätsrecht sich gestalte.[1])

Gestützt auf einen in diesem Schiedsspruche gemachten, sicherlich merkwürdigen Vorbehalt, der sich auf den möglichen und demnächst auch wirklich eingetretenen Fall bezog, dass die in dem Streite befangen gewesenen Festungswerke geschleift und in gewöhnliche Vermögensstücke verwandelt würden, trat in den fünfziger Jahren der Canton Basel-Land auf's Neue mit seinen Ansprüchen vor Gericht.

Bei Gelegenheit dieses aus dem neuen Anspruch hervorgegangenen Rechtsstreites, in dem es sich vornämlich

---

hier ist der Gemeingebrauch etwas innerlich-nothwendiges, dort nur etwas äusserlich-Zufälliges. Zu den eigentlichen res publicae in publ. usu zählen die öffentlichen Sachen im Eigenthum von Privaten deshalb nicht. S. *Kappeler* S. 39, *Eisele* S. 30. Dagegen freilich u A. *Windscheid* Pand. 1, § 146, und *Wappäus* §§ 76, 22.

[1]) Eine Kritik des Urtheils selbst dürfte nicht in den Rahmen dieser Arbeit gehören, abgesehen davon, dass diese Kritik durch Darlegung der leitenden Grundideen des Urtheils, insbesondere von *Dernburg* in seinem Rechtsgutachten in ausgiebigster und scharfsinnigster Weise geübt ist. In diesem Gutachten findet sich auch das Urtheil in seinem Wortlaute anhangsweise abgedruckt.

darum handelte, den Sinn und die Tragweite des Urtheils von 1833 festzustellen, war die Frage nach dem Rechtsverhältniss und nach dem gemeinrechtlichen Begriff der res publicae in publico usu, Gegenstand der lebhaftesten Erörterung. Verschiedene der bedeutendsten Rechtsgelehrten wurden von den streitenden Parteien um Rath angegangen, und gaben ganz entgegengesetzte und von einander abweichende Gutachten ab.

Diese Gutachten mussten, wie natürlich, wegen ihres vorwiegend praktischen Zweckes — das Object des erwähnten Processes belief sich auf mehrere Millionen Thaler, die dem Canton Basel-Land, gewann er den Process, von der Stadt Basel herauszuzahlen waren — auf die Beantwortung der Frage hinauslaufen:

„In wie weit in heutiger Zeit Privatrechte an den öffentlichen Sachen zustehen und ausgeübt werden können?"

Den Ausgangspunkt für alle Deductionen bildete jedoch naturgemäss der römisch-rechtliche Begriff der Publicität,[1]) und so hat der Baseler Rechtsstreit das grosse Verdienst, eine scharfe Auffassung des Begriffes und der juristischen Stellung der öffentlichen Sachen im römischen Rechte, gefördert zu haben.

Bis zu dem berühmten Rechtsfall ging die allgemeine, aber nirgendwo näher begründete Ansicht dahin, dass dem Staat oder der Gemeinde an den öffentlichen Sachen ein wahres Eigenthum zustehe, und dass das gleichzeitige extra commercium esse dieser Sachen nur geschaffen sei, um das Eigenthum an ihnen sicherer und unantastbarer zu machen,[2]) nicht aber, um dieses Eigenthum zu negiren.

---

[1]) *Keller* und *Rüttimann* haben in ihren Gutachten und Erwiderungen die Consequenz ihrer [von einander diametral abweichenden!] Auffassungen mit dem römischen Rechte stillschweigend vorausgesetzt.

[2]) S. *Dernburg* Gutachten, S. 7. Ueber die nach dieser Richtung hin stattfindende, vervollkommnete Stellung der öffentlichen Sachen durch ihre Extracommercialität ist unter § 6 das Nähere gesprochen.

Zum Beweise dessen mögen hier einige Zeugnisse der Doctrin Platz finden.

Glück, Pandekten-Commentar, II. Bd., § 170, erklärt: „In jedem bürgerlichen Staat haben **öffentliche, d. h. im Eigenthum des Staates stehende** Strassen allgemeinen Gebrauch.“

Mühlenbruch, Pandekten, § 210, spricht sich dahin aus: „publicae res ist der Inbegriff der im Staatsgebiete belegenen Dinge, wovon **das Eigenthum dem Staate**, das Gebrauchsrecht aber jedem rechtsfähigen Subjecte zusteht.“

Wächter, Würt. Privatrecht, § 44, Anm. 18: „Im weiteren Sinne heisst res publicaa jede **im Eigenthum des Staates** stehende Sache.“

Arndts Pandekten, § 49, nennt ebenfalls die res publicae: solche Sachen, welche im **Eigenthum des Staates oder auch einer Gemeinde** befindlich zu öffentlichem Gebrauche bestimmt sind (quae in publico usu habentur, non in pecunia vel patrimonio populi), als öffentliche Strassen, Plätze, Häfen, Brücken u. dergl.

Unger, österr. Privatrecht, 1. Bd., S. 369, spricht von den res publicae als von den „**im Eigenthum des Staates oder einer politischen Gemeinde** stehenden, zum öffentlichen Gebrauch bestimmten Sachen.“

Böcking, Pandekten, § 71. „Im eig. Sinne sind publicae res alle res, quae populi Romani sunt. Dahin gehört das gesammte Staatsgebiet als solches, und alle **im Eigenthum des als juristische Person aufgefassten Staates** stehenden Dinge.“

Puchta, Pandekten, § 35, äussert sich dahin: Von den Sachen, „die **im Eigenthum des Staates oder einer Gemeinde** sind, sind dem Eigenthum der Privatpersonen schlechthin entzogen **die, quae in publico usu habentur.**“

Diese Zeugnisse, deren Zahl sich leicht vermehren liesse,[1]) sollen nur als Beleg dafür dienen, dass vor dem

---

[1]) Vgl. auch *Thibaut, Seuffert, Göschen, Kierulff* u. A.

Baseler Rechtsfall das Eigenthum der Gesammtheit an den öffentlichen Sachen niemals angezweifelt worden ist. Die von *Keller* ausgehende Opposition gegen die allgemeine Auffassung suchte vornehmlich *Ihering* wissenschaftlich zu begründen, doch haben seine Einwürfe bei *Dernburg* und Andern eine so scharfe Kritik gefunden, dass wir die ältere Ansicht als allein richtig und unanfechtbar bezeichnen können.[1])

Um hier die Constructionen derer, welche bei den Römern die Annahme eines privatrechtlichen Eigenthumes an den öffentlichen Sachen nicht finden wollen, zu erwähnen, so unterwerfen *Keller* und *Ihering* (in den Baseler Streitschriften) die öffentlichen Sachen dem Hoheitsrechte des Staates. Dies Hoheitsrecht soll alle im Eigenthum liegenden Befugnisse und noch gewisse hoheitliche Dispositionen darüber hinaus in sich vereinigen.

Die ungeheuerlichen Consequenzen dieser Construction liegen auf der Hand. Danach müssten, da wir ja auch öffentliche Sachen kennen, welche im Eigenthum einer civitas, einer Stadtgemeinde sich befinden, und deren Rechtsstellung keine andere ist, als die der öffentlichen Sachen im Eigenthum des Staates, die civitates ein dem Hoheitsrechte des Staates entsprechendes öffentliches Recht an den **Gemeindesachen** in publico usu haben. Ein solches ist aber staatsrechtlich unmöglich, weil das Hoheitsrecht mit der Staatsgewalt identisch ist.

---

[1]) Siehe die folgenden Paragraphen. — Kurz erwähnt mag gleich hier werden — die nähere Ausführung ist dem II. Theil der Arbeit vorbehalten — dass die römische Auffassung von der Existenz eines privatrechtlichen Eigenthums an den öffentlichen Sachen, dem alten germanischen Recht, nicht minder wie den moderuen Partikularrechten zu eigen ist. Freilich ist im deutschen Recht nicht das Gemeinwesen, sondern in Folge einer Confundirung der privat- und staatsrechtlichen Elemente, das monarchische Oberhaupt, der König, Träger des Eigenthums; eine Strasse wird deshalb z. B. im Sächs. Landrecht II, art. 98, des Küninges Strasse genannt.

Danach müssten ferner die Nutzungen der öffentlichen Sachen, welche der gemeine Gebrauch übrig lässt, dem Staate kraft seines Hoheitsrechts zufallen.

Es müsste schliesslich, wenn der Staat die öffentlichen Sachen dem Gemeingebrauch entzieht, und sie zu beliebigen anderen Zwecken verwendet, z. B. wenn Basel-Stadt nach Schleifung der Festungswerke das dadurch gewonnene Terrain zu Bauplätzen parcellirt, zu Strassen, Promenaden verwendet, für den Staat das Hoheitsrecht sich in Eigenthumsrecht verwandeln, durch einen Act des Hoheitsrechts für den Staat ein unter Umständen bedeutender privatrechtlicher Vortheil erzeugt werden.[1])

Eisele bezeichnet das Recht des Staates oder einer Gemeinde an den öffentlichen Sachen als Eigenthum des jus publicum oder als publicistisches Eigenthum, und versteht darunter dasjenige Eigenthum, welchem die Zweckbestimmung zum Gemeingebrauch immanent sei. (S. 24.) Der Usus ist ihm nicht etwas Zufälliges, sondern etwas begrifflich Nothwendiges, nicht etwas von Aussen Herantretendes, sondern etwas von Innen Herauskommendes.

Im Allgemeinen kommt dies publicistische Eigenthum dem privatrechtlichen so nahe, dass *Windscheid* (Pand. I, § 146, Note 17) mit Recht zweifelt, ob es in Wirklichkeit etwas Anderes ist, „als das gewöhnliche Eigenthum, welches die der Sache aufgedrückte Zweckbestimmung zum usus publicus zu respectiren hat.“

Dass das Eigenthum der universitas an den öffentlichen

---

[1]) Vgl. *Windscheid.* § 146, Note 17, *Wappäus, Wächter* II, S. 285, *Unger,* österr. Privatrecht I, 369. *Pernice, Labeo,* S. 268, hält sich schon deshalb ein Hoheitsrecht für nicht annehmbar, weil nach ihm die Römer den abstrakten Begriff eines solchen garnicht kennen. „Die Staatsgewalt löst sich ihnen auf in das dingliche Recht des römischen Volkes an den Domänen, das gewöhnlich als dicio bezeichnet wird, und in die Befugniss der Staatsbeamten, im Namen des römischen Volkes zu befehlen. Jene dicio ist aber wesentlich mit dem Eigenthumsrechte identisch.“

Sachen in der Totalität seiner Beziehungen sich bedeutend von dem gewöhnlichen, fiskalischen Eigenthum unterscheidet, ist durch die Stellung der öffentlichen Sachen unter die res extra commercium anerkannt. Dass es aber existirt, beweisen eine grosse Anzahl Quellenstellen, die theils das Eigenthum der universitas an den öffentlichen Sachen geradezu aussprechen, — es fehlt somit nicht die theoretische Anerkennung der römischen Juristen, — theils aber auch praktische Consequenzen ziehen, deren Prämisse auch nur ein wirkliches Privateigenthum sein kann — es fehlt somit auch nicht die thatsächliche Anerkennung der römischen Juristen.

In Folgendem soll versucht werden, Beides nachzuweisen.

§ 3.

Theoretische Anerkennung der älteren Ansicht Seitens der römischen Juristen.

1) In l. 6, § 1, D. de r. d. 1,8 sagt *Marcian:* Universitatis sunt, non singulorum, veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et si qua alia sunt communia civitatum. Ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intelligitur, sed universitatis.

Hiernach stehen die theatra und stadia, welche, wie sich aus §2 J. de inut. stip. 3,19 ergiebt, als res publicae in publico usu gelten, ebenso wie der servus communis im Eigenthum der Gesammtheit, der universitas.[1])

Die eben allegirte Stelle, in welcher die theatra und stadia ausdrücklich als öffentliche, für den Gemeingebrauch bestimmte Sachen bezeichnet sind, entkräftet den Einwand *Ihering's* (II, S. 9 ffg.),[2]) dass *Marcian*, wie sich aus der Anführung des servus publicus ergebe, garnicht von res publicae in publico usu, sondern von den Sachen des gewöhnlichen Staatseigenthums, der pecunia populi, spreche.

[1]) *Dernburg* S 14; *Windscheid* Pand., § 146, Anm. 16; *Eisele* S 7.
[2]) S. die Eingangs angegebene Literatur.

Kappeler,[1]) der von der unrichtigen Unterstellung ausgeht, dass unter res publicae nur Sachen des Staates, nicht auch der Stadtgemeinde zu verstehen seien (S. 2 u. 3), meint, dass unsere Beweisstelle zwar das Vorhandensein eines privatrechtlichen Eigenthums an den öffentlichen Sachen der Stadtgemeinde documentire, woraus indessen für die res publicae im Allgemeinen nichts zu folgern sei. (S. 29 seiner Abhandlung.)

Wie oben (§ 1) angedeutet wurde, sind aber zweifellos auch die res civitatis den res publicae beizuzählen, und demnach auch die für die ersteren erwähnten, bei den römischen Juristen geltenden Rechtsgrundsätze als für alle öffentlichen Sachen gültig zu betrachten. Mit der falschen Voraussetzung, von der *Kappeler* ausgeht, fällt auch seine Folgerung. —

2) L. 2, § 21, ne quid in loco publico, 43,8.

Viam publicam eam dicimus, cujus etiam solum publicum est; non enim sicuti in privata via ita et in publica accipimus, viae privatae solum alienum est, jus tantum eundi et agendi nobis competit, viae autem publicae solum publicum est.

Nur der Weg ist ein öffentlicher, dessen Grund und Boden auch ein öffentliches Gut ist.

Es lässt sich dies (mit *Dernburg*) nicht anders verstehen, als dass der Boden im privatrechtlichen Eigenthum des Staates stehen muss.

Ihering[2]) glaubt die Beweiskraft dieses Ausspruchs durch Hinweis auf eine Stelle bei *Frontinus*[3]) zur Genüge

---

[1]) *Kappeler* ist zu den Anhängern der älteren Auffassung, die auch wir uns zu eigen gemacht haben, insofern zu rechnen, als er wenigstens nicht, wie *Keller* und *Ihering*, ein privatrechtliches Eigenthum schon durch den Begriff der res publicae s. s. für ausgeschlossen erklärt.

[2]) II., S. 7 Note 8, u. S. 9.

[3]) *Frontinus* de controv. gr. Bd. II (Ausgabe der röm. Feldmesser von *Blume, Lachmann, Rudorff* Bd. I, S. 56, Z. 20 u. 21.

zu widerlegen. Hier heisst es: lucos sacros occupat, quorum solum indubitate populi Romani est. *Ihering* schliesst nun ungefähr folgendermassen: Dass an den res sacrae ein Eigenthum nicht möglich ist, daran hat noch Niemand gezweifelt. Dennoch heisst es von ihnen: populi Romani sunt; dies kann demnach wohl nur bedeuten: res publicae p. R. gehören dem Staat, aber die Form dieses „Gehörens“ braucht nicht der privatrechtliche Begriff des Eigenthums zu sein. Also ebensowenig, wie solum sacrorum lucorum indubitate populi Romani est bedeute: Der Boden der heiligen Haine sei Eigenthum des römischen Volkes; ebensowenig heisse auch viae publicae solum publicum est: Der Boden eines öffentlichen Weges stehe im Staatseigenthum.

Darin, dass „alicujus esse“ nicht immer eine Eigenthumsbeziehung ausdrückt, hat *Ihering* sehr Recht; auch unser deutsches „Einem gehören“ bezeichnet nicht immer eine privatrechtliche Zugehörigkeit.[1])

Diese indessen keineswegs regelmässige Bedeutung muss für den einzelnen Fall besonders nachgewiesen werden, und wenn *Ihering* in der berufenen Stelle diesen Nachweis darzubringen versucht, so frägt es sich, ob er damit bestehen kann. Mit Recht verneint dies *Wappäus* (§ 20, S. 90): Die ganze Stelle beziehe sich garnicht auf die res sacrae im eigentlichen Sinne, an welchen allerdings ein Eigenthum nicht möglich ist, sondern lediglich auf solche loca publica, welche religiösen Zwecken dienten, ohne doch aus dem staatlichen Eigenthum auszuscheiden und sich in göttliches zu verwandeln;[2]) von denen also ganz richtig gesagt werde, dass ihr solum nicht aufhöre, im Eigenthum des römischen Volkes oder Staates zu stehen.

Zu gleichem Resultate wie *Wappäus* kommt auch *Rudorff*, der unter Hinweis auf die Stelle bei *Frontinus* sagt:

---

[1]) S. *Wappäus* S. 23, *Kappeler* S. 26.

[2]) *Wappäus* verweist auf *Pagenstecher*, die röm. Lehre vom Eigenthum, II., S. 92.

die heiligen Haine sind nicht wie andere res divini juris nullius, sondern in bonis universitatis.[1])

3) Eine weitere Bestätigung liefert die L. 1 § 7 de flum. 43,12.

Ille etiam alveus, quem sibi flumen fecit, etsi privatus ante fuit, incipit tamen esse publicus, quia impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus.

Hier bedeutet flumen publicum den im Staatseigenthum stehenden Fluss, denn nur so ist es impossile, ut alveus fluminis publici non sit publicus.[2]) Nur aus einem privatrechtlichen Eigenthum, das dem Staate an dem Flusse zusteht, nicht aus einem anderen, publicistischen oder civilen Rechtsverhältniss lässt sich die rechtliche Consequenz, die in unserer lex gezogen wird, herleiten.

Wappäus, der sonst in jeder Beziehung die auch hier vertretene Auffassung *Dernburgs* gegen *Ihering* verficht, lässt obige Stelle ganz unberücksichtigt, weil er den flumina publica gegenüber allen andern res publicae eine Sonderstellung zuweist, und an ihnen allein die Nichtexistenz von Staatseigenthum nachzuweisen versucht.[3])

4) Eine vielbesprochene Stelle ist die L. 1 pr. D. de rer. div. 1,8.

(*Gajus*) Hae autem res, quae Romani juris sunt, aut publicae sunt, aut privatae; quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur.

Gajus theilt die res ein in divini und humani juris, letztere dann weiter in publicae und privatae, und umfasst bei dieser Gegenüberstellung von publicae und privatae mit den publicae alle diejenigen Sachen, die nicht im Eigenthum einer einzelbestimmten, natürlichen Person sich befinden,[4])

[1]) Ausgabe der röm. Feldmesser, Bd. 2, S. 311 (gromatische Institutionen).

[2]) *Dernburg* S. 13; *Pernice, Labeo* S. 276

[3]) S. 22 fg. Dass indessen diese Ansicht die nicht richtige ist, vielmehr die öffentlichen Flüsse auf demselben Rechtsboden, wie die übrigen öffentlichen Sachen stehen, wird unten (§ 5) dargelegt werden

[4]) *Dernburg* S. 14: Offenbar heisst jener Satz, wie schon die Glosse

(wie dies z. B. bei den res sacrae, dem patrimonium fisci, den herrenlosen, occupirbaren Sachen der Fall ist), sondern der universitas gehören.

Die Form dieses „Gehörens“ kommt hier nicht weiter in Betracht, doch ist, da ja z. B. auch die fiskalischen Sachen zu den res publicae in dem von *Gajus* in der angezogenen Stelle gebrauchten Sinne gehören, eine privatrechtliche Zugehörigkeit keineswegs eo ipso ausgeschlossen, und können wir einfach aus diesem Grunde den Gegnern unserer Ansicht nicht beistimmen, welche die citirte Stelle als **gegen** die Eigenthumsqualität der res publicae sprechend ins Feld führen,[1]) wenn auch zugegeben werden muss, dass sie ebensowenig **für** dieselbe Material liefere; denn mit den Worten universitatis esse hat der Jurist nur irgend eine Zugehörigkeit zur Gesammtheit, zur Corporation oder zum Staate, ein pertinere ad universitatem ausdrücken wollen, ohne dass ihm dabei eine Eigenthumsbeziehung vorgeschwebt hat.[2])

5) L. 1 pr. D. de interdictis 43,1 lautet: De rebus hominum interdicta redduntur aut de his, quae sunt alicujus, aut de his, quae nullius sunt. Quae sunt nullius, haec

erklärt, nur noch „nullius hominis privati, sed communitatis sunt“; *Kappeler* S. 1 u. 28; *Eisele* S. 11; *Wächter*, Würt. Privatrecht, § 44, Note 2, sagt, indem er sich auf unsere Digestenstelle beruft: „res nullius heisst auch namentlich, was nicht im Eigenthum einzelner Privaten steht; in dieser Beziehung werden auch Sachen des Staates oder der Gemeinde res nullius genannt.“

[1]) Selbst *Windscheid*, ein Anhänger der älteren Ansicht, meint in seinen Pandekten. § 145, dass durch die Bezeichnung res nullius das Eigenthum an den res publicae überhaupt negirt werden solle; er wirft aber dem *Gajus* eine „Ungenauigkeit der Auffassung“ vor, die sich indessen leicht erklären lasse „aus dem grossen Umfange, in welchem bei den res publicae der Gemeingebrauch das Eigenthum verdeckt.“

[2]) *Kappeler* S. 28: „Die Worte nullius in bonis esse creduntur können daher nicht gegen, ipsius enim universitatis esse, nicht für die Eigenthumsqualität ins Feld geführt werden.“

* Anm. Mit unserer Auffassung der Stelle widerlegt sich auch der von *Ihering* gegen *Dernburg* erhobene Einwand. *Dernburg* (S. 13 ff.)

sunt liberae personae, de quibus exhibendis et ducendis interdicta competunt. Quae sunt alicujus sunt aut publica aut singulorum. Publica de locis publicis de viis deque fluminibus publicis.

Ulpian systematisirt hier die Rechtsobjecte,[1]) und theilt dieselben ein in quae sunt nullius und quae sunt alicujus. Die letzteren zerfallen sodann in res publicae und privatae (singulorum).

Res publicae kann hier keineswegs den weiten Sinn haben, wie in der l. 1 D. 1,8, denn dort werden sie den res nullius und hier den res alicujus beigezählt. Publicum kann daher nur den engeren Sinn an dieser Stelle haben, und eine Beziehung auf ein Gemeinwesen, die Corporation oder den Staat, ausdrücken. Dass diese Beziehung eine Eigenthumsbeziehung sein muss, ergiebt die Gegenüberstellung der res alicujus gegenüber den res nullius, d. h. Sachen, die in Niemandes Eigenthum stehen, wie die derelinquirten Sachen. —

Die Beweiskraft dieser Stelle sucht *Kappeler* (S. 25 fg.), dem sich *Eisele* (S. 7) anschliesst, durch folgende Argumentation zu entkräften:

Da die libera persona, also ein Rechtssubject, unter die res gezählt werde, so sei zweifellos, dass res in der

---

dass *Gajus* nur das Eigenthum einer einzelnen, physischen, nicht das einer juristischen Person in Abrede stellen will. (cfr. *Kappeler* S. 1 und 28; *Wächter,* Würt. Privatrecht, § 44, Note 2 a. E.; *Eisele* S. 11). „Allein, wenn der Umstand,“ meint nun *Ihering* (II, S. 7), „dass die Eigenthümerin bei den res nullius eine juristische Person die Bezeichnung derselben als res nullius gerechtfertigt hätte, so hätten ja sämmtliche, im Eigenthum des Staates stehende Sachen, also auch die des fiskalischen Eigenthums, ebenfalls für res nullius erklärt werden müssen.“

Dass dies wirklich der Fall, dass wirklich in der citirten lex die fiskalischen Sachen zu den res publicae im weitesten Sinne, d. h. zu den res nullius gezählt werden, haben wir annehmen zu müssen geglaubt. —

[1]) *Dernburg* S. 14 zu dieser Stelle.

Stelle nur die weitere Bedeutung „körperliche Dinge“ habe, im Sinne von l. 1, § 1, de div. rer. 1,8,[1]) und da die liberae personae als einzige res nullius den res alicujus entgegengesetzt werden, so sei es klar, dass überhaupt nur ein Gegensatz zwischen Subjecten, Personen, und Objecten, Sachen, statuirt werden solle. Letztere, die Sachen, seien dann in gleicher Weise wie in der l. 1 cit. unterschieden in Sachen im Eigenthum physischer Einzelpersonen und Sachen ausserhalb desselben, und darum könne unmöglich das esse alicujus auf Eigenthum hinweisen.

Hierauf ist zu erwiedern: *Kappeler* legt ein grosses Gewicht auf den Umstand, dass die liberae personae unter die res gezählt werden. Dem möchte wohl nur eine Ungenauigkeit *Ulpian*'s zu Grunde liegen, die sich auf zweifache Weise erklären liesse.

1) Der Jurist will in dem gegebenen System der Rechtsobjecte die hauptsächlichsten Interdicte aufzählen, und um die interdicta de liberis personis exhibendis ducendis irgendwo unterzubringen, subsummirt er sie unter die Klasse der res quae sunt nullius, ohne in Erwägung zu ziehen, dass res hier nicht die allgemeine Bedeutung „Ding“ hat, sondern nur das einzelne Stück der leb- und vernunftlosen Natur, Sache im regelmässigen Sinne, bedeutet.

2) Die libera persona, sobald für sie ein interdictum ad exhibendum ducendum nöthig wird, ist auch eigentlich nichts weiter, als etwas Beherrschtes, ein Rechtsobject, denn dadurch, dass sich Zwei um das Recht an ihr streiten, wird sie gleichsam zur Sache herabgewürdigt. — Vielleicht hat sich dieser naheliegende Gedanke *Ulpian* aufgedrängt,

---

[1]) In der Wahl seiner Belegstelle möchte *K.* nicht glücklich gewesen sein, denn es bedeutet dort „homo“ nicht „Person“, sondern „Sklav“, somit auch „res“ nicht „körperliches Ding“, sondern „Rechtsobject“. (S. die deutsche Uebersetzung des corpus juris von *Schilling*, und *Herrmann*'s Hand-Lexikon.)

als er die personae, de quibus exhibendis ducendis interdicta competunt, unter die Sachen im eig. Sinne rechnete.*)

§ 4.
Praktische Anerkennung der älteren Ansicht Seitens der römischen Juristen.

Wenn im § 3 nachzuweisen versucht worden ist, dass in der römischen Theorie die Eigenthumsqualität der res publicae ausser Zweifel war, so sollen jetzt einige Quellenstellen zeigen, dass die Römer ihre in der Theorie behauptete Ansicht auch praktisch zur Geltung brachten.

1) Der § 39, Inst. de div. rer. 2, 3, ist — wie *Dernburg* mit Recht sagt, ein glänzender Beweis für das Eigenthum an den öffentlichen Sachen.

Der Wortlaut ist folgender: Thesauros, quos quis in loco suo invenerit, divus Hadrianus, naturalem aequitatem secutus, ei concessit, qui invenerit: idemque statuit, si quis in sacro aut religioso loco fortuito casu invenerit. At siquis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuitu, invenerit, dimidium inventori, dimidium soli domino concessit: et convenientes siquis in Caesaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Caesaris esse statuit: cui conveniens est, siquis in publico loco vel fiscali invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis.

Der Gedankengang dieser Hadrianischen Verordnung ist im Wesentlichen der: Zufällig gefundene Schätze fallen zur Hälfte dem Finder, zur Hälfte dem Eigenthümer des Fundortes eigenthümlich zu. Hat der Fundort keinen Eigenthümer, dies trifft zu bei dem locus sacer et religiosus, so erhält der Finder den ganzen gefundenen Schatz. Der locus publicus indessen steht im Eigenthum des Fiscus oder einer Gemeinde, und so kommt consequenter Weise (con-

*) Anm. *Wappäus* (S. 90) glaubt die allegirte Stelle nicht als Argument für die Eigenthumsqualität der res publicae verwenden zu können, weil neben den viae publicae auch die flumina publica genannt werden, und diese nach seiner Meinung kein Staatseigenthum bilden.

veniens est) die eine Hälfte dem Fiskus oder der Gemeinde, die andere Hälfte dem Finder zu.[1])

Die Deductionen, durch welche *Ihering* die Beweiskraft dieser Stelle beseitigen will, sind ungenügend.[2]) *Ihering* verweist nämlich auf l. 3 § 10 de jure fisci 49, 14, wo Mark Aurel und Lucius Verus auch bei den in „locis religiosis aut in monumentis“ gefundenen Schätzen dem Staate die Hälfte zuerkennt, und schliesst hieraus, dass, da doch der Staat sicher kein Eigenthum an den locis religiosis hat, die gegnerische Ansicht sich „in Nichts auflöse.“

Als hätte *Dernburg* diesen Einwand vorausgesehen, bemerkt er (S. 16 Note), die Verordnung von Aurel und Verus gehe zwar von anderen Ansichten zu Gunsten des Fiskus aus, sei aber für die Auffassung des Gedankenganges der Institutionenstelle irrelevant. – Und mit Recht. Denn das durchschlagende Faktum, dass im § 39 cit. die Berechtigung des Staates auf die Hälfte des in einem locus publicus gefundenen Schatzes aus seinem Eigenthum an den öffentlichen Sachen hergeleitet wird (conveniens est), erleidet dadurch keinen Abbruch, dass in der Digestenstelle dem Fiskus eine offenbar auf singulärem jus beruhende gleiche Begünstigung des in loco sacro vel religioso gefundenen Schatzes zuerkannt wird.[3])

Ebensowenig wie *Ihering* ist *Kappeler* (S. 29—33) der Gegenbeweis geglückt. Indem er eine andere Lesart der Stelle für die richtige hält, nämlich hinter: „si quis in fiscali loco vel publico“ die Worte „vel civitatis“ einschaltet, fasst er vel publico vel civitatis als Erklärung zu in fiscali loco auf, und meint, es sei von den res publicae in publico usu garnicht die Rede, vielmehr nur von einem locus publicus, qui in pecunia populi vel civitatis est.

---

[1]) *Dernburg*, S. 16 fg.
[2]) II. S. 17 fg.
[3]) *Eisele*, S. 10; *Wappäus*, S. 92 fg.
[4]) *Kappeler* S. 29—33.

Dass dieser Einwand sehr ungenügend und gezwungen ist, hat *Kappeler* wohl selbst eingesehen, denn er giebt zu, dass die Bezeichnung fiscus oder fiscalis für eine Stadtkasse nicht üblich, und grade in der beregten Stelle fiscus mit ausschliesslicher Beziehung auf die Staatskasse (dimidium fisci vel civitatis) gebraucht sei.

Diesen Zugeständnissen hätte *Kappeler* der Vollständigkeit halber noch hinzufügen können, dass die Voraussetzung für seinen Einwand überhaupt, nämlich die Lesart vel civitatis, falsch sei, denn diese Worte sind nichts weiter als ein Einschiebsel eines Abschreibers, der „publicum" in der Bedeutung „Sachen einer Stadtgemeinde" nicht kannte, und des Schlusses der Stelle wegen unnöthiger Weise „vel civitatis" hinzufügte.[1] —

Kappeler schlägt aber noch einen zweiten Ausweg vor, um das klare Zeugniss der Stelle zu entkräften: Alle res humani juris seien innerhalb der Grenzen des römischen Staates dem imperium populi Romani unterworfen. Kraft dieses Imperium spreche Hadrian für den Fiskus die Hälfte des gefundenen Schatzes an, falls der Fundort humani juris ist. Dass in der Stelle von dominus soli die Rede ist, könne auch zur Bezeichnung des imperium dienen, wie ja überhaupt dominus und dominium häufig zur Bezeichnung irgend eines Herrschaftsrechtes, welches nicht gerade das Eigenthum zu sein braucht, vorkämen.[2] Auch *Heineccius* erkläre zu *Vinnius*, in quatuor libros institutionum commentarius (Venetiis 1756) bei den Worten dimidium fisci vel civitatis (Note 8): Sive in loco alieno privati alicujus, sive in loco Caesaris, aut publico fisci vel civitatis thesaurus repertus sit, medietatem dumtaxat iuventor consequitur, pars altera repertorum ad eum pertinet, qui loci dominus est, aut jus imperiumve in eo habet. —

Dies „jus imperiumve", das *Kappeler* zu Hülfe ruft,

---

[1] *Eisele* verweist auf *Schrader* not. crit. ad l. c. (vel civitatis addunt rell.; etiam refragante Theophilo.)

[2] *Kappeler* citirt l. 8 pr. 42, 5; l. 15 § 6, l. 72 de usufr. 7, 1 u. A.

möchte sich wohl durch folgende Betrachtung erklären lassen: *Heineccius* (zu *Vinnius* a. a. O.) meint, in der hadrianischen Verordnung bedeute locus sacer et religiosus nur Privatheiligthum und Begräbnissstätte.[1])

Solche loca sacra et religiosa seien nun zwar im Allgemeinen auch der menschlichen Beherrschung entzogen, und unterscheiden sich nicht von den res divini juris; doch in einigen Beziehungen werden sie für den, cujus in usu et fundo sunt, wie Privatsachen behandelt (quodammodo juris privati). Mit Beziehung auf diesen locus sacer et religiosus sagt nun wohl *Heineccius:* Die Hälfte des Schatzes bekommt der Eigenthümer des Fundortes, oder derjenige, welcher an dem Fundort ein jus imperiumve hat. Von einem imperium, welches dem Staate auf die Hälfte des in einem locus publicus in publico usu gefundenen Schatzes ein Recht giebt, wird wohl nicht gesprochen.

Aber selbst zugegeben, *Heineccius* bestätige die Auffassung von *Kappeler*, so möchte doch ohne näheren Nachweis die Ueberzeugung, dass in der angefochtenen Stelle das dominium etwas Anderes als das gewöhnliche privatrechtliche Eigenthum bedeute, nicht Statt haben. Diesen näheren Nachweis bleibt aber *Kappeler* schuldig. —

2) Ausser dem Rechte auf die Hälfte des Schatzes hat der Staat und die Gemeinde an den zum Gemeingebrauch bestimmten Sachen eine grosse Anzahl privatrechtlicher Nutzungen, die alle ohne ein wahres Privateigenthum nicht denkbar wären, und die alle zeigen, wie Unrecht *Ihering* hat, wenn er das Eigenthum an den öffentlichen Sachen mit einem Messer ohne Klinge vergleicht, dem der Stiel fehlt.

---

[1]) Zu den Worten „idemque statuit" erläutert der Jurist: . . . . addidit, idem esse, etiamsi in loco sacro aut relig. repertus sit; nimirum ejus itidem esse, cujus est fundus in quo loca ista sunt . . . Nam etsi loca sacra et relig. nullius vere in bonis sint ejus tamen aliquotenus sunt, cujus in usu et fundo sunt et quodammodo juris privati.

Wer auf einem öffentlichen Platze ein Gebäude errichtet hat, muss, vorausgesetzt, dass der Gemeingebrauch nicht die Beseitigung des Gebäudes erheischt (si non obstet id aedificium usui publico) für die Benutzung des Platzes einen Bodenzins an die Staats- oder Gemeindekasse entrichten.[1])

Gewisse Nutzungen an den öff. Sachen wurden sehr häufig zu Gunsten des Staats- oder Gemeindeärars verpachtet, so z. B. die Fischerei auf den öff. Gewässern (L. 1 § 7 D. 43, 14).

Auch auf den Mauern und Thoren einer Stadt konnten Gebäude errichtet werden, und wurden diese dann von der Stadtgemeinde, freilich nur mit Erlaubniss des Kaisers, vermiethet.[2])

Sehr häufig erwähnt werden in den Quellen die tabernae argentariae oder cauponiae.[3]) Dies waren Buden oder Läden, welche auf solum publicum errichtet waren, wofür die Inhaber dem Staat, doch wohl nur auf Grund seines Eigenthums, ein Bodengeld bezahlen mussten.

Zu diesen und anderen dem Staate und der Gemeinde an den öffentlichen Sachen zuerkannten Nutzungen kommt noch als wichtigste Befugniss folgende: Der Staat, die Gemeinde kann, sobald die öffentliche Sache ihre bisherige Bestimmung verliert, und dem Gemeingebrauch entzogen wird, in jeglicher Weise über sie verfügen;[4]) das durch den usus publicus zurückgedrängte Eigenthum wird in diesem Falle von seinen Beschränkungen befreit, und entfaltet sich wieder zur vollen Freiheit.[5]) —

---

[1]) L. 2 § 17 D. ne quid in loco publ. 43, 8; siehe *Wappäus* S. 27, *Dernburg* S. 15, *Eisele* S. 9.

[2]) Pauli sent. rec. l. V tit. 6 § 1a: Neque muri neque portae habitari sine permissu principis propter fortuita incendia possunt.

[3]) L. 43 pr. D. 23, 2; l. 13 D. 33, 7. Die heutzutage in grossen Städten in Menge angelegten Obst- und Selterwasserbuden sind ähnliche Einrichtungen.

[4]) Ueber die Ausnahme beim alveus derelictus und der insula nata s. unten § 5.

[5]) *Wappäus* S. 28, *Dernburg* S. 17: „Eine Gemeindestrasse wird cassirt, Niemand wird zweifeln, dass die Gemeinde das Dispositions-

Betrachtet man diese nicht unbedeutenden Rechte, die dem Gemeinwesen in seiner Eigenschaft als Eigenthümer der öffentlichen Sache zufliessen, so ergiebt sich, wie wenig Recht *Ihering* und *Keller* haben, wenn sie sagen, das angebliche Eigenthum an den res publicae sei nichts weiter als ein hohler, leerer Begriff, ein kümmerliches Recht, das so gut wie ganz durch den öffentlichen Gebrauch absorbirt werde. [1])

Auf letztere gegnerische Betrachtung erwidert *Dernburg* [2]) mit vollstem Rechte, dass für den Begriff des Eigenthumsrechtes die Beschränktheit der Detailbefugnisse des Inhabers gleichgültig ist, und wenn *Ihering* noch unter Hinweis auf L. 56 de usufr. 7, 1 [3]) meint, das Eigenthum des Staates an den res publicae negire sich selbst, weil der Niessbrauch von Anfang an und für immer davon getrennt sei, so möchte sich da entgegnen lassen, dass erfahrungsmässig dies „für immer" häufig nur eine ziemlich kurze Spanne Zeit umfasst, indem ja, wie schon hervorgehoben, der Niessbrauch dem Publikum jederzeit entzogen werden kann, was *Ihering* gewiss auch nicht läugnen wird. —

Nachdem hiermit in diesem und dem vorhergehenden Paragraphen darzuthun versucht worden ist, dass die römischen Juristen ein privatrechtliches Eigenthum an den res publicae nicht nur in der Theorie anerkannten, sondern ihm auch praktische Reellität verschafften, mag zum Schlusse

---

recht über den Boden der ehemaligen Strasse hat. Ein Kirchhof, den zwei Gemeinden gemeinschaftlich anlegten, wird . . . . geschlossen. Sollten die beiden Gemeinden nicht als Miteigenthümer angesehen werden, sollte die actio com. div. ausgeschlossen sein?" — In dem Urtheile des Schiedsgerichts vom 19. November 1833 bezüglich der Festungswerke der Stadt Basel ist von der Möglichkeit gesprochen, dass diese Festung geschleift, „und die dazu gewidmeten Grundstücke in gewöhnliche Vermögensstücke" verwandelt würden.

[1]) *Ihering* I. S. 41, II. S. 13, 14; *Keller* § 3.

[2]) S. 16.

[3]) . . . . proprietas inutilis esset futura semper abscedente usufructu.

eine einfache Betrachtung von *Kappeler* Platz finden. *Kappeler* (S. 37) sagt: „Entweder war die Sache, bevor sie dem Gemeingebrauch hingegeben wurde, herrenlos — dann ist sie vom Staat durch die Unterwerfung unter den usus publicus occupirt worden — oder sie stand in irgend einem fremden Eigenthum — dann hat der Staat derivativ das Eigenthum erworben — oder sie war schon zuvor Staatseigenthum — dann ist dieses einfach stehen geblieben.“

Die Läugner des Eigenthums an den res publicae wären vielleicht, hätten sie die ganze Frage aus dem Gesichtspunkt dieser Betrachtung aufgefasst, zu andern Resultaten gekommen.[1])

§ 5.

Die wichtigsten res publicae.

A. Die Flüsse.

Da die unterscheidenden Merkmale eines öffentlichen und Privat-Flusses von jeher streitig gewesen sind,[2]) so ist zunächst der Begriff des flumen publicum festzustellen.

Der § 3 l. 1. D. de flum. 43, 12 lautet: Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non. Publicum flumen Cassius esse definit, quod perenne sit; haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis.

Im § 2 l. cit. werden die flumina publica in Gegensatz zu den torrentia gestellt, und erstere als solche bezeichnet, quae semper fluant.

---

1) *Berchthold* krit. V. J. Schr, XIII, S. 133.

2) Die an dem Flusswasser im Römischen sowohl wie im heutigen Rechte eingeräumten Befugnisse sind bei weitem andere bei öffentlichen als bei Privatflüssen, somit ist auch die Feststellung der Unterscheidungsmerkmale eines öffentlichen und Privatflusses von der höchsten praktischen Bedeutung. Und gerade hier divergiren die Meinungen der Rechtsgelehrten so sehr, dass wir uns nur der Klage des Schriftstellers *Hering* anschliessen können: Tot involucris, totque maeandris, juris interpretes hanc materiam obnubilatam lectoribus reliquerunt, ut vix adpareat, cui parti sit adhaerendum (Tract. de Molendinis Qu. 15. No. 1).

Demnach sind nach römischer Auffassung alle flumina perennia h. e. quae semper fluant, im Gegensatz zu den torrentia öffentlich.[1]) Unter Letzteren, den torrentia, wird jedes nur aus zufälligen Quellen entspringende, deshalb nicht perenne fliessende, sondern zeitweilig trocken liegende Gewässer verstanden.[2])

Nach einer andern, auch zur praktischen Geltung gelangten Ansicht sollen die Römer für den Begriff der flumina publica neben dem Erforderniss des „perenne" noch das einer gewissen Grösse statuirt haben. Der Stützpunkt für diese Ansicht ist die l. 1 § 1 D. ne flum 43, 12. Hier heisst es: Flumen a rivo magnitudine discernendum est, aut existimatione circumcolentium. Demnach seien die rivi (Gewässer, welche ihrer Grösse nach nicht für einen Fluss gelten, obwohl sie perennes sein mögen) so gut wie die flumina torrentia als Privatgewässer zu betrachten.[3])

Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht ist neuerdings bis zur Evidenz nachgewiesen.[4])

Auch die Frage nach dem Rechtsverhältniss der flumina publica hat zu den lebhaftesten, in ihrem Resultate von einander diametral abweichenden Erörterungen Veranlassung gegeben. Während die herrschende Ansicht die flumina publica rechtlich nicht von den übrigen res publicae

---

[1]) Anders im deutschen Recht.

[2]) Vgl die Entwickelung besonders bei *Börner* Arch. f. civ. Praxis Bd. 38 S. 155 fg.; *Heimbach* Weiske's Rechtslexicon Bd. 14 S. 86 fg.; *Hofmann* Versuche in Bearbeitung des röm. Rechts Heft 2; *Hesse* (s. Lit.) S. 181 fg.; *Kappeler* S. 84 fg.; *Wappäus* S. 19; siehe auch *Bartolus* Tract. de flum. Lib. 1. Verb. flum. No. 1 et 2.

[3]) Namentlich: *Elvers* Beiträge zum Wasserrecht (Themis N. F. I. S. 413); *Funke* Arch. f. civ. Pr. Bd. 12 Not. 15 und 21, *Windscheid* § 146 S. 430.

[4]) Siehe Literatur unter Note 1. Eine andere, weniger verbreitete Meinung ist die: Jedes Wasser ist öffentlich, welches in fundo publico entspringt und durch denselben fortfliesst. (Siehe Math. *Wesenbecies* Parat. Dig. de flum No. 3.)

trennt, und dem Staate oder der Gemeinde ein Eigenthumsrecht an ihnen zuschreibt, wird ihnen in neuester Zeit eine Sonderstellung gegenüber den anderen öffentlichen Sachen zugewiesen, und ein an ihnen stattfindendes, civilrechtliches Eigenthum geläugnet.[1]) Der Annahme eines solchen sollen die Grundsätze über den alveus derelictus et exsiccatus und insula nata zuwiderlaufen: Das verlassene Flussbett und die in einem öffentlichen Flusse entstandene Insel fällt dem Occupanten oder Flussanlieger zu.[2]) *Wappäus* (S. 23) meint: „Wie wären diese Rechtssätze denkbar gewesen, wenn dem Staat das Eigenthum am Flusse zugestanden hätte! Dasselbe hätte, wenn es überhaupt existirte, gerade dann unbeschränkt hervortreten müssen, wenn der Staat, wie in diesen Fällen, in die Lage kam, ohne Störung durch einen usus publicus irgendwelcher Art, frei und ungehemmt dasselbe zu geniessen.“

Aus nachstehender Betrachtung[3]) indessen möchte erhellen, dass die angerufenen Sätze kein ausreichendes Mittel für den angestrebten Zweck sind, die Nichtexistenz eines dominium publicum an den öffentlichen Flüssen darzuthun, und ihnen eine Sonderstellung gegenüber den übrigen res publicae zuzuweisen:

Das eroberte Grundeigenthum wurde von Alters her, meistens im Wege der Assignation, an Private überlassen. Das von Staatswegen vermessene Gebiet hiess ager limitatus, im Gegensatz zum ager arcifinius: dem nicht vermessenen Gebiet mit Privatgrenzen.

---

[1]) Vgl. *Windscheid* Pand. § 146 S. 431; *Wappäus* S. 21 fg.; *Kappeler* S. 109; dagegen *Pernice*, Labeo S. 273 fg. — Es ist hier natürlich nur von der Interpretation der römischen Rechtsquellen die Rede; über die deutschrechtlichen Ansichten und Grundsätze siehe unten § 10

[2]) L. § 6 D de flum. und ad. l. 1 § 7 cod.

[3]) Vgl. über das Folgende *Hyginus* de limit. constitut; *Puchta* Cursus der Institutionen II; *Rudorff*, gromatische Institutionen S. 390—94 und S. 399 fg.; *Pernice* Labeo S. 274 fg.

Der bei der Assignation hauptsächlich wegen Untauglichkeit des Bodens übrig gelassene, nicht verliehene Abschnitt führte den Namen „subsecivum". Solche subseciva verblieben im Eigenthum des Staates, konnten aber von jedem Bürger in Besitz genommen werden.

Auch das Bett des ein limitirtes Landgebiet durchstörmenden Flusses wurde als subsecivum betrachtet, und konnte deshalb der alveus derelictus von jedem occupirt werden. Ursprünglich war der Occupant nur ein Besitzer, der dem Staate jederzeit sein Eigenthum wieder herausgeben musste, und sich nicht auf Usucapion berufen konnte; Domitian schenkte aber die subseciva den Besitzern zu vollem Eigenthum, und so bildete sich bald der Satz: occupantis alveus fiet, certe desinet esse publicus (l. 1 § 7 D. de flum. 43, 12). — Ein anderes Rechtsverhältniss hatte bei den agri arcifinii Statt. Vermöge des sehr alten jus alluvionum fiel ohne Occupation das Eigenthum der entstandenen Insel und des verlassenen Flussbettes an den Anlieger. Dass hier nur eine Rechtssingularität vorliegt, beweist sehr nachdrücklich ein Ausspruch *Labeo's*: Si id quod in publico innatum aut aedificatum est, publicum est, insula quoque, quae in flumine publico nata est, publica esse debet. (L. 65 § 4 de a. r. d. 41, 1.)[1] Kraft rechtlicher Nothwendigkeit, sagt *Labeo*, hätte der Staat einen Eigenthumsanspruch auf die im Flusse entstandene Insel. —

Das der Rechtsconsequenz durchaus zuwiderlaufende Recht der Alluvion wird von den späteren Juristen auf das jus gentium und auf das natürliche Princip der Accession

---

[1]) Um diese Stelle in Einklang mit der l. 1 § 6 § 7 cit. zu bringen sind verschiedene Aenderungen versucht worden; Einige wollen emendiren „non si id quod in publ.", Andere verstehen diese Stelle von der insula natans, Andere schieben wieder vor „debet" ein „non" ein, oder setzen hinter „debet" ein ? (cfr. *Schulting* — *Smallenberg* ad. h. l. 7 6. Bd.).

zurückgeführt.[1]) Nach *Pernice* hat folgende politisch-rechtliche Erwägung zur Anerkennung des jus alluvionum geführt: Wenn der Fluss sich ein neues Bett gegraben, so beansprucht der Staat dies von dem früheren Eigenthümer, quia impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus. Die ursprünglich ohne Entschädigung geschehene Durchführung dieses aus rechtlicher Consequenz hervorgegangenen Anspruches nöthigt andrerseits den Staat dazu, gleichsam als Aequivalent, das verlassene Flussbett dem Anlieger preiszugeben.

Aus dieser positiven Gestaltung der Rechtsverhältnisse der flumina publica darf demnach kein Schluss auf das Nichtvorhandensein von Staatseigenthum gezogen werden. Gegen eine rechtliche Scheidung der Flüsse von den übrigen res publicae lassen sich verschiedene Quellenzeugnisse beibringen. Garnicht misszuverstehen ist die l. 1 pr. de. int. 43, 1 . . . . de locis publicis de viis deque fluminibus publicis. Mag dieser Stelle die Kraft, für die Eigenthumsqualität der öffentlichen Sachen überhaupt zu beweisen, immerhin abgesprochen werden (s. oben-) darüber aber kann wohl kein Zweifel obwalten, dass *Ulpian* hier nicht die öffentliche Strasse und den öff. Fluss zusammengestellt hätte, wenn nicht beiden der gleiche rechtliche Character zukäme, nicht für beide die gleiche Auffassung statthaben müsste.[2])

Den öffentlichen Flüssen stehen in Bezug auf den Gemeingebrauch und das an ihnen stattfindende Eigenthum gleich: die portus publici und alle stetig fliessenden Gewässer, als die Landseen, lacus publicae, falls sie mit einem öffentlichen Flusse in Verbindung stehen,[3]) die fossae publicae,

---

[1]) L. 7 pr. — § 6 D. de a. r. d. 41, 1.

[2]) Vgl. nach L. 24 pr. D. de damno inf. (39, 2), L. 30 § 3 D. de a. r. d. 41, 1.

[3]) Im Gegensatz zu den künstlich gegrabenen, abgeschlossenen, welche privati juris sind.

die zur Verbindung zweier öffentlicher Flüsse dienenden Canäle.[1])

Das Meer und Meeresufer ist res communis;[2]) anders nach heutigem Privat- und Völkerrecht.[3])

Die Flussufer gehören den Eigenthümern der an den Fluss stossenden Grundstücke, sie sind partes agrorum adjacentium, doch nach jus gentium sind die Eigenthümer verbunden, sich alles gefallen zu lassen, was der Gemeingebrauch des Flusses mit sich bringt.[4])

B. Die Wege.

Ulpian definirt die öffentlichen Wege als solche, deren Grund und Boden im Eigenthum des Staates, und von ihm dem Gemeingebrauche gewidmet ist.[5]) Sie heissen auch viae militares, praetoriae, consulares, bei den Griechen *βασιλικαί*, in späterer Zeit auch regales. *Ulpian* nennt noch zwei andere Arten von Wegen: die viae vicinales und die viae privatae. Die ersteren sind viae, quae in vicis sunt, vel quae in vicos ducunt, und öffentlich für den Fall, dass

---

[1]) § 2 J. de rer. div., l. 1 pr. § 6 D. ut in fl. publ. navig. 43,14, l. 1 § 6 D. de flum. 43, 12.

[2]) *Ulpian* in l. 13 § 7 D. de injur, „et quidem mare commune est et litora sicuti aër — Usurpatum tamen et hoc est, tametsi nullo jure, ut quis prohiberi possit ante aedes meas vel praetorium meum piscari; quare si quis prohibeatur, adhuc injuriarum agi potest.“ Siehe auch § 3 J. de r. d. 2, 1, l. 4 pr. D. de d. r. 1, 8, l. 30 § 4 D. de u. r. 41, 1.

[3]) Siehe unten § 10.

[4]) L. 5 pr. D. de d. r. 1, 8; § 3 J. de reb. divis. 2, 1; l. 3 D. de flum. 43, 12; l. 30 § 1 D. de. a. d. 41, 1. Auf der Anwendung des Grundsatzes von dem usus publicus der Ufer beruht der auch dem deutschen Recht bekannte Leinpfad. Siehe hierüber *Heimbach sen.* in *Weisske*'s Lexicon, Bd. 14, S. 184 und die daselbst unter Note 228 angegebene Literatur.

[5]) L. 2 § 23 D. 43. 8; *Theophilus* ad § 5 Inst. IV 3; siehe besonders *Puchta*, civilistische Abhandlungen, S. 86 fg. Siehe auch oben den § 3.

sie nicht durch Collation der Privateigenthümer entstanden sind, es sei denn, dass dies vor einer so langen Zeit geschehen ist, dass man nichts mehr von den Gründern weiss.[1])

Da ursprünglich ein Staatseigenthum an dem Grund und Boden des ganzen Territorii angenommen wurde,[2]) so gab es auch ursprünglich nur Strassen, die im Eigenthum des Staates sich befanden. Wege und Strassen im Eigenthum von Gemeinden oder gar Privaten kannte man wohl erst später, und wohl auch nur in den von römischen Veteranen angelegten Colonien, in denen Grund und Boden nicht confiscirt war.[3])

Die viae urbicae, der Boden der städtischen Strassen von Rom und aller Colonien, die durch Confiscation von Grund und Boden und Ansiedelung römischer Veteranen entstanden waren, standen im Eigenthum des römischen Staates.[4])

Was die oben erwähnten Vicinalwege anlangt, so stehen dieselben entweder im Eigenthum des Staates, der Gemeinde oder von Privaten; ihr Name zeigt nur an, dass es Wege sind, welche innerhalb der vici laufen, oder von einem vicus zum andern oder auf eine Hauptheerstrasse führen.[5])

C.

Von andern wichtigen res publicae werden in den Quellen häufiger erwähnt: die muri ac portae, die Festungswerke der Stadt, das forum, die basilicae, die balneae publicae in Rom und den Municipien, die theatra, stadia und der

---

[1]) L. 3 pr. D. 43, 7.

[2]) *Puchta,* Cursus der Institutionen II. S. 503 fg.; *Hyginus* de lim. const.; *Rudorff* gromatische Institutionen S. 390 fg.

[3]) L. 3 § 4 l. 5 § 46, 43, 24; siehe *Wappäus* S. 30.

[4]) L. 2 § 24 D. 43, 8; Cic. in Rullum cap. 3; Dio Cassius 47. 14, 48, 2–8.

[5]) L. 2 § 22 5, 43, 8; *Siculus Floccus,* de cond. agrorum, definirt die Vicinalwege als solche: „quae de publicis divertuntur in agros et saepe ad alteras perveniunt.“

Campus Martius. Es sind sämmtlich Anstalten im Eigenthum des Staaates oder der Gemeinde, die unmittelbar oder mittelbar den Bedürfnissen, der Wohlfahrt, dem Vergnügen, der Bequemlichkeit cujusvis ex populo, ex civitate dienen.

II. Abschnitt.

§ 6.

Vervollkommnung des an den res publicae stattfindenden Eigenthums in Folge ihrer Extracommercialität.

Die res publicae sind dem commercium entzogen.[1]) Das an ihnen stattfindende Eigenthum des Staates oder der Corporation wird durch diese extracommerciale Eigenschaft in ganz eigenthümlicher Weise modificirt: nach der einen Seite vervollkommnet, nach der andern beschränkt.

Um nun die Frage nach der Form und dem Inhalt dieser Vervollkommnung und Beschränkung, oder, was damit gleichbedeutend ist, die Frage nach den an den res publicae möglichen Rechten beantworten zu können, muss zuvor der Begriff des extra commercium esse festgestellt werden.

Ihering[2]) sieht das Wesen der res extra commercium darin, dass an ihnen jedwedes Eigenthum, sowohl in der Person von Privaten, als in der Person des Staates unmöglich sei; ebenso *Eisele*[3]) und Andere.

Gegen diese Auffassung sprechen indessen die oben §§ 3. 4. behandelten Quellenzeugnisse.[4])

---

[1]) L. 6 pr, de cont emt. 18, 1 (*Pomponius*) — quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est Campus Martius.

[2]) I. S. 41; Geist des römischen Rechts 3 Thl. S. 346.

[3]) S. 14 fg.

[4]) Hier ist ja gerade nachgewiesen, dass wirkliches Eigenthum an den res publicae, die auch extracommercial sind, Statt hat.

Andere Rechtslehrer sind der Ansicht, dass die res extra commercium Sachen seien, „welche nicht Gegenstand des rechtlichen Verkehrs unter Privatpersonen sein können.“ *(Arndts.)*[1])

Auch diese Ansicht läuft verschiedenen, sehr deutlich redenden Quellenaussprüchen zuwider. So z. B. wird die res litigiosa nur deshalb als res extra commercium bezeichnet, weil den Litiganten Veräusserungsgeschäfte untersagt sind; von einer Unfähigkeit der res litigiosa überhaupt, Gegenstand eines Privatrechts sein zu können, wird nirgends gesprochen.[2])

Die betreffende Stelle lautet: „Eam rem quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est,[3]) jure pignoris accipere non potest . . . . Quid ergo, si praedium quis litigiosum pignori acceperit, an exceptione summovendus sit?“

Eisele (gegen *Wappäus*) spricht hier von einer unzulässigen Folgerung. „Die Stelle,“ sagt er, „redet von einer Sache, die man deshalb nicht kaufen kann, weil sie nicht in commercio ist (nicht umgekehrt). Folgt daraus, dass Sachen schon desshalb, weil ihre Veräusserung untersagt ist, extra commercium sind? Abgesehen aber davon, unterscheidet die Stelle deutlich genug die res litigiosae von der extracommercialen: wozu würde denn sonst ihretwegen eine besondere Frage gestellt?“

Freilich wäre es, somit hat *Eisele* Recht, unzulässig,

---

[1]) *Puchta:* „welche durch das Recht der rechtlichen Unterwerfung entzogen worden sind? *Pagenstecher:* „welche unfähig sind, Gegenstand eines Rechtsgeschäfts zu sein.“

[2]) *Wappäus* S. 37; *Kappeler* S. 5.

[3]) Es macht für die hier vertretene Auffassung keinen wesentlichen Unterschied, ob man quia commercium ejus non est: weil an der Sache kein Verkehr ist, also „ejus“ objectiv auf rem bezieht, oder ob man, wie dies *Sintenis* thut (in der deutschen Uebersetzung des corp. jur. civ, 2. Bd S. 492) das „ejus“ in subjectiver Beziehung auffasst und übersetzt: weil die Sache nicht Gegenstand des Verkehrs für den Betreffenden ist.

daraus, dass eine Sache nicht käuflich, weil nicht verkehrsfähig, zu folgern, jede Sache, die nicht käuflich, sei verkehrsunfähig. Eine solche Folgerung ist auch hier garnicht gezogen, vielmehr nur behauptet worden, dass die angezogene Stelle von der res litigiosa als einer extra commercium stehenden Sache spreche; indem zunächst auf den, auch in l. 6 C. quae res pign. anerkannten Grundsatz hingewiesen wird, dass eine wegen ihres Entzuges aus dem Verkehr unverkäufliche Sache nicht Gegenstand des Pfandrechts sein könne, wird hieran anknüpfend, sodann die Frage gestellt, wie es in dem Falle wäre, wo ein praedium litigiosum (quod quis emere non potest, quia commercium non est, muss hier supplirt werden) verpfändet worden ist?

Wie *Eisele* diese Fragestellung anders verstehen, und in ihr eine Gegenüberstellung der res litigiosa und der res extra commercium finden kann, ist nicht einzusehen. —

Auch aus folgenden Zeugnissen möchten sich Zweifel gegen die von *Sintenis*, *Arndts*, *Puchta*, *Pagenstecher* und vielen Andern gegebenen allgemeinen Definitionen von der res extra commercium herleiten lassen. Alle diese Definitionen [1]) lassen sich nicht wohl mit den Quellen in Einklang bringen.

In l. 34 D. de verb. obl. 45, 1 sagt *Ulpian:*

Multum interest, utrum ego stipuler rem, cujus commercium habere non possum, an quis promittat. Si stipuler rem, cujus commercium non habeo, inutilem esse stipulationem placet; si quis promittat, cujus non commercium habet, ipsi nocere, non mihi.

Ferner werden in L. 39 § 10 de leg, I die praedia in patrimonio fisci Caesaris (es sind dies die zum fiscus Caesaris, der seit Augustus dem aerarium populi gegenüberstand, gehörenden Grundstücke) als extra commercium stehend bezeichnet,[2]) weil andere Personen als der regierende

[1]) Siehe oben S. 34 Note 1. *Sintenis* sagt: „Die res extra commercium können nicht Gegenstand eines Privatrechts sein.“

[2]) L. 39 § 10 de leg. I.

Princeps von allem Rechtserwerb daran ausgeschlossen sind. Der Kaiser hatte an ihnen nicht bloss Nutzung, sondern volles Eigenthum.[1])

Auch der Wortlaut der römischen Formel für die Interdiction des Verschwenders ist beweisend: Quando tibi relicta bona paterna aditaque nequitia tua disperdis, liberos tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico. (Pauli S. R. III 4a § 7.)[2])

„Man hat", sagt *Wappäus* S. 2, „die res extra commercium zu sehr als eine gleichartige Masse behandelt, und hierin nicht, wie es nothwendig ist, verschiedene Grade und Stufen unterschieden."

Der Ausdruck extra commercium esse bedeutet zunächst nur, dass eine Sache nicht merx, nicht Gegenstand des Handels sein, also nicht verkauft werden könne.[3]) Er bedeutet dann weiter, dass eine Sache entweder

1) Hinsichtlich aller an ihr möglichen Rechte allen Privatrechtssubjecten[4]) — als **totale** Extracommercialität bezeichnet *Wappäus* diesen Fall, — oder dass

2) eine Sache
   a) allen Personen hinsichtlich einzelner Rechte,
   b) einzelnen Personen hinsichtlich aller Rechte,
   c) einzelnen Personen hinsichtlich einzelner Rechte,

entzogen sei. Dies sind die drei Fälle der von *Wappäus* sogenannten **partiellen** Extracommercialität.[5])

---

[1]) S. *Wappäus* S. 34; *Kappeler* S. 6; *Wächter*, Würt. Privatrecht § 44 No. 23.

[2]) *Windscheid* Pand. § 147 Note 1.

[3]) *Ihering* Geist des römischen Rechts S. 346; vgl. auch *Ulpian* (fr. 19, 5): commercium emendi vel. vendendi jus; *Theophilus* ad. Il. Inst.: *κομμέρτιόν ἐστιν ἡ τοῦ δύνασθαι πιπράσκειν ἢ ἐγοράζειν ἐξουσία.*

[4]) Dahin gehören z. B. die res sacrae, Sachen, die zu unmittelbaren gottesdienstlichen Zwecken bestimmt sind.

[5]) Beispiele (bei *Wappäus*) ad a: die respublicae in publico usu
ad b: die fundi patrimoniales Caesaris (l. 39 § 10 de leg. I.)

Von der allgemeinen Wirkung dieses Rechtsausschlusses sagt *Wappäus* (S. 38), „dass Vorgänge, welche sonst an sich geeignet sein würden, Rechte daran zu begründen und zu übertragen, hier innerhalb der durch den Grad der Ausschliessung gezogenen Grenzen aller juristischen Kraft und Wirkung entbehren.“

Die partiell extracommerciale Eigenschaft der res publicae besteht darin, dass alle Privatrechtssubjecte von allen denjenigen Rechten daran ausgeschlossen sind, deren Ausübung den Zweck, der den res publicae innewohnt, schmälern oder gar zerstören würde. Als Wirkung der genannten Eigenschaft wird sich demnach für den Eigenthümer einerseits eine Vervollkommnung,[1]) andererseits eine Beschränkung seines Eigenthums ergeben; einerseits ist dieses vor den mancherlei, auf Rechtstiteln gegründeten Gefahren, denen das Eigenthum von Privatpersonen ausgesetzt ist, sichergestellt, andererseits cessiren aber verschiedene positive und negative Befugnisse des Eigenthümers.

Ueber die Vervollkommnung des an den res publicae dem Staate oder einer Corporation zustehenden dominium ist das Nähere zu bemerken:

Jedes eine öffentliche Sache betreffende Rechtsgeschäft zwischen Privaten, jeder Vertrag, und jede letztwillige Ver-

---

ad c: die auf der l. 1 C. 1, 10 beruhende Ausschliessung jüdischer Herren vom Eigenthum an christlichen Sklaven. (Vgl. zu d. N. l. 69 pr. D. 18, 1.)

Siehe auch l 6 § ult D. 1, 16; l. un. § 2, 3, C. de contr. jud. 1, 53. Für eine theilweise Extracommercialität ist auch *Kappeler* S 5. Vgl. ferner *Wächter* Würt. Priv., *Unger* Oestr. Priv. I. § 46, *Windscheid* Pand. § 147 N. 1 u. 6, *Berchthold* krit. V. I. Schr. Bd. 13; auch *Unterholzner*, die Lehre von den Schuldverhältnissen (herausgeg. von *Huschke*) Bd. 2 S. 234: „Es versteht sich von selbst, dass eine Sache, welche dem Verkehr entzogen ist, dennoch in gewisser Hinsicht Gegenstand des Verkehrs sein kann.

[1]) *Kappeler* S. 17 gebraucht diesen Ausdruck.

fügung, ist ungültig.[1]) Der Schuldner ist nicht für die Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich, wie wenn er sich zu etwas objectiv Unmöglichem verpflichtet hätte.[2]) Auch der Vertrag, durch welchen Privatpersonen eine res publica für den Fall ihres einstigen Eintritts in das commercium veräusserten, ist nichtig.[3]) Man fand in solchem Vertage ein böses Omen, das zu missbilligen war, ja man sah in dessen Abschluss eine unerlaubte Speculation auf das Verderben einer Gemeinde oder des Staatswesens. *(Dernburg.)* Besonders hervorzuheben ist, dass eine Ersitzung an den öffentlichen Sachen ausgeschlossen ist.

In l. 9 de usurpt. et usuc. 41, 3 heisst es: Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, publicis, populi Romani et civitatum, item liberis hominibus.[4])

Auch an den res in patrimonio fisci ist zwar eine ordentliche Ersitzung ausgeschlossen, aber der Grund dafür ist ein rein subjectiver, und lässt sich keineswegs aus der rechtlichen Natur der fiskalischen Sachen herleiten; er ist vielmehr in einer der vielen auf positiven Gesetzesvorschriften beruhenden Begünstigungen des Fiskus zu suchen.[5])

Eine nicht unwesentliche Wirkung der Extracommercialqualität wird von *Ulpian* in l. 17 D. de v. s. 50, 16 angeführt. Die Stelle, welche aus *Ulpian's* liber X ad Edictum, wo von den Schulden und dem Concurs der municipia die Rede ist,[6]) herrührt, lautet folgendermassen: Inter publica habemus non sacra, nec religiosa, nec quae publicis destinata sunt, sed si qua sunt civitatum bona, sed peculia servorum civi-

---

[1]) L. 34 § 1 D. de cont. emt. 18,1:
L. 39 § 9 de leg I: Vgl. die Stellen bei *Windscheid* § 267, Noten 2 und 3.

[2]) *Wappäus* S. 41; die Regel gilt: Impossibilium nulla obligatio est.

[3]) *Wappäus* S. 41, *Dernburg* S. 6, *Windscheid* § 315 n. 11.

[4]) Vgl. auch l. 6 Cod. de oper. publ. 8,11; l. 2 Cod. 7, 38.

[5]) *Kappeler* S. 18.

[6]) Vgl. 67 D. 3, 4.

tatum procul res dubio publica habentur. — *Ulpian* sagt hier, dass in den Concurs der Städte die dem Gemeingebrauch anheimgegebenen Sachen nicht gezogen werden sollen; zur Activmasse zählen nur die res in patrimonio fisci. welche der Fiscus wie eine Privatperson zur Bestreitung seiner pecuniären Bedürfnisse hat und gebraucht.[1])

Es ist oben gesagt worden, dass jedes eine öffentliche Sache betreffende Rechtsgeschäft zwischen Privaten, jeder Vertrag, jede letztwillige Verfügung ungiltig ist. Wie wenn sich der Schuldner zu etwas objectiv Unmöglichem verpflichtet hätte, ist er nicht zur Leistung des sog. Erfüllungsinteresse, d. h. desjenigen, was der Gläubiger gehabt haben würde, wenn ihm die versprochene Leistung gemacht wäre, verpflichtet. Nur das (von *Ihering*) sog. negative Vertragsinteresse, d. h. den Nachtheil, den der Gläubiger dadurch erlitten hat, dass er sich auf das Zustandekommen des Vertrages verlassen, muss der Versprechende, gleichviel ob er die Publicität der Sache gekannt oder nicht, ersetzen, falls der Gläubiger die Publicität nicht kannte und nicht zu kennen brauchte.[2])

Wenn die L. 4 de cont. emt. 18. 1 § 5 J. de emt. 3, 23 in Verbindung mit der vielfach besprochenen l. 70 D. de cont. emt.[3]) den Kauf einer jeden dem Verkehr entzogenen

---

[1]) *Dernburg* S. 4; *Wappäus* S. 111.

[2]) *Windscheid* § 315, Note 2 und 7. Vgl. die dort angegebene Literatur, insbesondere *Windscheid*, Heid. krit. Zeitschr., II. S. 115 bis 117. *Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht, 2 Bd. zur Lehre vom Interesse § 7—11. *Cohnfeldt*, Lehre vom Interesse. *Ihering*, Jahrb. f. Dogmatik IV. *Savigny*, Oblig. II, § 81 fg. — Jede Verfügung, die der Eigenthümer der res publica über dieselbe im Wege Rechtens trifft, ist natürlich, soweit der usus publicus nicht hinderlich entgegensteht, giltig. (Siehe *Wappäus* S. 39), z. B. der Staat verkauft das solum an einer via publ., eine Rennbahn, an eine Stadtgemeinde.

[3]) Liberi hominis emtionem contrahi posse plerique existimant; si modo inter ignorantes id fiat. *Ihering* glaubt, obwohl mit Unrecht, dass hier nur von dem sog. negativem Vertragsinteresse die Rede sei. (a. a. O. S. 63). „Ob der vermeintliche Sklave, noch bevor er dem

Sache bei Unwissenheit des Käufers für giltig erklären, so sprechen andere Stellen, wie die l. 22—24 l. 34 § 1 l. 62 § 1 D. de cont. emt. das Gegentheil aus. Es wird deshalb mit *Windscheid* anzunehmen sein, dass, da sich die Quellenaussprüche gegenseitig aufheben, für die Giltigkeit des Kaufs in dieser Ausdehnung kein Zeugniss vorhanden ist, und dass der oben angegebene, allgemeine Satz von der Nichtigkeit solcher Contracte gilt, gleichgiltig, ob der Gläubiger die in der Sache selbst beruhende Unmöglichkeit ohne seine Schuld nicht gekannt hat, ja selbst dann, wenn der Schuldner sie gekannt hat [1])

§ 7.
Beschränkung des an den respublicae stattfindenden Eigenthums in Folge des Gemeingebrauchs und der Sonderrechte.

Wenn der Staat oder eine Gemeinde eine Sache dem usus publicus anheimgiebt, so liegt darin gleichzeitig ein Verzicht auf alle diejenigen im Eigenthume liegenden Befugnisse positiver und negativer Natur, welche den Gemeingebrauch behindern oder unmöglich machen würden.

Käufer tradirt worden war, in libertatem vindicirt wurde, oder erst nachher, in beiden Fällen fordert der Käufer quodejus interfuit, non deceptum esse."

[1]) L. 57 § 1 D. de cont. emt. 18,1.

Es mag hier ein Beispiel Platz finden, das *Ihering* (a. a. O.) aus seiner Fakultätsspruchpraxis erwähnt. Ein Holzhändler hat einen Theil eines öffentlichen Platzes als Abladeplatz für sein Holz benutzt, und dies während vieler Jahre. Seine Erben verkaufen diesen Platz, dieser Kauf ist natürlich nichtig. Die Verkäufer, selbst wenn sie die Publicität des verkauften Objectes gekannt hätten, sind gar nicht obligirt, sie haften nur für das negative Vertragsinteresse, d. h. für den Fall, dass die Käufer im Vertrauen auf das Zustandekommen eines giltigen Vertrages sich haben bestimmen lassen, von einem andern Kaufe, von dem sie einen genau nachzuweisenden Vortheil gehabt haben würden, abzustehen. Eine Verpflichtung der Verkänfer zur Leistung des sog. Erfüllungsinteresses, zur Zahlung eines Geldäquivalents existirt nicht.

Diese Entscheidung dürfte freilich nicht in Congruenz mit der

Mag aber das Eigenthum noch so sehr durch den usus publicus afficirt werden, seine principale Stellung behauptet es stets soweit, als der Gemeingebrauch nicht hinderlich entgegensteht. (Oben § 4.)

Als Subjecte des Gemeingebrauchs gelten ursprünglich jedenfalls nur die römischen Bürger und Gemeindeglieder.[1]) Dies spricht *Ulpian* in l. 2 § 2 nequid in loco publ. 43, 8 aus: Loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, jure scilicet civitatis rel. Ausserdem möchte auch die Bezeichnung des usus als „publicus" darauf hinweisen.[2]) So die Theorie; in der Praxis wurde wohl der peregrinus ebenso wie der civis in der Benutzung der res publica geduldet und geschützt. „Den Fremden kommen diese Sachen in Folge der Reflexwirkung zu Gute." *(Ihering.)*

Was die rechtliche Natur des Gemeingebrauchs anlangt, so spricht *Ihering*, indem er die Privatrechte in Individualrechte und in Gemein- oder Gesammtrechte spaltet, von einem Recht an der Sache; und zwar soll dies zur Klasse der Gesammtrechte, (deren Character auf der Abwesenheit der exclusiven Berechtigung, oder positiv ausgedrückt, auf der ungetheilten oder untheilbaren Gemeinsamkeit des Genusses beruht,) gehören.

Ansicht von *Savigny* stehen, der (Obl. II § 81), obwohl im offenbaren Widerspruch mit den Quellen, Giltigkeit des Kaufes und anderer gleichartigen Verträge bei jeder dem Käufer unbekannten Unmöglichkeit behauptet, also im obigen Falle die Erben zur Leistung des Erfüllungsinteresses verurtheilen würde.

[1]) *Wappäus* S. 31 fg; *Pernice* S. 272; *Eisele* S. 28.

[2]) *Forcellini,* totius latinitatis lexicon (Schneeberg 1838) III. Band v. publicus: Est o „populus" quasi „poplicus".

Auch hinsichtlich der Flüsse sprechen die Quellen von einem publicus usus nur für die cives (L. 24 init. D. de damno inf. (39,2), haben also die gleiche rechtliche Auffassung für die flumina publica wie für die übrigen res publicae. Bei dem Mangel der Annahme eines privatrechlichen Eigenthums an den Flüssen hätte der usus an ihnen ein communis sein müssen.

Dem lässt sich nicht beistimmen.[1]) Der usus publicus hat vielmehr einen öffentlich rechtlichen Character. Um ein Privatrecht zu sein, müsste das Recht des Gemeingebrauchs ein Individualrecht sein, denn nur ein solches ist ein Privatrecht, weil es das Erforderniss der exclusiven Berechtigung erfüllt,[2]) in der Rechtssphäre des berechtigten Subjects ein anders berechtigtes Individium nicht duldet. Hiervon ist natürlich beim usus publicus keine Rede. — Einzig und allein aus der öffentlichen Natur des Rechts auf den Gemeingebrauch lässt sich erklären, dass dasselbe jederzeit dadurch, dass die Sache ihrer öffentlichen Bestimmung entkleidet wird, entzogen werden kann, dass der Verzicht eines Bürgers auf dies Recht weder Sinn noch Wirkung hat und Aehnliches. Auch der Satz, dass die Publicität einer Sache durch Nichtgebrauch nicht untergehen kann (C. 2 de via publ. 43, 11: viam publicam populus non utendo omittere non postet [*Javolenus ex Cassio*]), findet seine Erklärung nicht in der partiell extracommercialen Eigenschaft der res publicae, sondern allein in der öffentlich-rechtlichen Natur des usus publicus.[3])

Die Grenzen, innerhalb welcher der usus publ. stattzufinden hat, werden durch den Staat oder die Gemeinde festgesetzt, je nachdem der Staat oder die Gemeinde das Eigen-

---

[1]) *Neuner* Privatverhältnisse S. 131 n. 1; *Eisele* S. 27; *Wappäus* S. 112; *Windscheid* Pand. § 146 n. 17; Vgl. dagegen *Bruns* Zeitschr. f. R. Gesch III S. 206 fg. Derselbe sagt indessen auch, obwohl er *Ihering's* Ansicht theilt: „Die Anwendung des römischen Standpunktes auf das heutige Recht, den *Ihering* in den Baseler Streitschriften macht, ist mir etwas bedenklich.“

Um hier einen Seitenblick auf das heutige Recht zu werfen, so ist den Gründen eines Erkenntnisses des O. A. G. zu Darmstadt vom 19. März 1861 (*Seuffert* XVII, 99) wohl nur eine ungenaue Ausdrucksweise vorzuwerfen, wenn es hier heisst: der usus publicus sei ein Privatrecht, welches der Competenz der Gerichte unterliege. Anders freilich Band 22 n. 213.

[2]) *Neuner* a. a. O.

[3]) *Eisele* S. 28; *Seuffert*, Archiv, Bd. 22 n. 213.

thum an der betreffenden dem Gemeingebrauch gewidmeten Sache hat.[1]) Allgemein anerkannt und am wichtigsten ist bei den Flüssen die Benutzung derselben als Verkehrsstrassen für Schiffe und Flösse. Ferner kommt in Betracht das Recht der Occupation aller res nullius, wie Muscheln, Steine und dgl., welche sich im Flusse oder am Flussufer befinden. Für letzteres freilich ist nicht die Definition, wie sie § 4 Inst. (2, 1) und l. 5 pr. D. (1. 8) giebt (die ripae sind dort als partes agrorum adjacentium zu verstehen) massgebend, sondern die Definition, wie sie in C. 1 § 5 l. 3 § 1 D. (43, 12) enthalten ist: Ripa ea putatur esse quae plenissimum flumen continet.

Zu dem genannten Rechte der Occupation gehört auch das wichtige und in den Quellen vielfach behandelte jus piscandi.[2])

Jedermann ist auch befugt, das Wasser eines öffentlichen Flusses zum Tränken seines Viehes, zum Waschen, Kochen, Baden u. s. w. zu benutzen; ja er darf sogar zum Nutzen seiner anliegenden Grundstücke Ableitungen machen. Alles natürlich nur insoweit, als nicht die Gemeinsamkeit des Genusses beengt wird.[3])

Bei den öffentlichen Strassen ist der Umfang des Gemeingebrauchs auf das Gehen, Fahren und Reiten auf ihnen beschränkt. Der auf den Strassen sich bildende und als Dungmittel zu verwendende Koth, die Früchte der Bäume, mit denen die öffentlichen Wege bepflanzt sind und Aehnliches ist Eigenthum des Staats- oder Gemeindeaerars.[4])

---

[1]) Die Regel: et tantum juris habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet.

[2]) § 27. J. de rer. div, l. 13 § 7 D. de inj. 47, 10.

[3]) Wie schon mehrfach hervorgehoben, ist dieses Moment stets massgebend. Soweit der usus publicus es verträgt, ist auch eine Bevorzugung Einzelner der Gesammtheit gegenüber nicht ausgeschlossen und kann auch der Staat oder die Gemeinde mit voller Freiheit über ihr Eigenthum disponiren.

[4]) Daher darf auch der Graswuchs an den Seiten der Wege nicht zum Weiden von Vieh benutzt werden. Indessen ist es dem Reisen-

Was die Entstehung und Endigung des hier in Rede stehenden Rechtsverhältnisses, nämlich des usus publicus an einer Sache anlangt, so mögen folgende Bemerkungen Platz finden.

Die Römer unterscheiden vier Entstehungs- und Endidungsgründe der Qualität einer Sache als extracommercialen: Natur, rechtliche Privatverfügung, Gesetz und unvordenkliche Verjährung. (Vgl. *Wappäus* S. 42—44). Die Entstehungs- und Endigungsgründe der Publicität einer Sache sind indessen nicht so zahlreich. Eine res publica wird wohl nur durch rechtliche Privatverfügung und durch unvordenkliche Verjährung geschaffen. Der Eigenthümer einer Sache, mag dies nun der Staat selbst in seiner Eigenschaft als Fiskus sein, oder die Gemeinde, bestimmt, dass die Sache dauernd einem allgemeinen Gebrauchszwecke zu Gute kommen solle. Der Eigenthümer begiebt sich der Ausübung seiner Privatrechte an der Sache insoweit, als der allgemeine Nutzen damit collidirt. Die Ansicht von *Wappäus*, dass nur die viae publicae und loca publica dieser Liberalität des Eigenthümers ihre Entstehung verdanken, dass dagegen die öffentlichen Flüsse, Häfen und sonstige Wasserstrassen allein durch ihre natürliche Bestimmung res extra commercium und publico usus destinatae würden, dass die natürliche Bestimmung diese Sachen der Privatberechtigung dadurch entzieht, dass sie dieselben als ein Jedermann zu Gute kommendes Naturgeschenk dem Gemeingebrauch überweist, können wir nicht theilen. Durch natürliche Bestimmung ist die Luft, das fliessende Wasser, das offene Meer res communis omnium und extra commercium geworden, dagegen bei den Flüssen, Häfen u. s. w. tritt das freie Bestimmungsrecht desjenigen ein, der Eigenthum an ihnen hat. Der Eigenthümer d. i. der Staat sagt: Diejenigen flumina, quae semper fluunt, sollen dauernd allen Staatsbürgern zu Gute

---

den erlaubt: „herbam colligere pro equo pascendo prope viam, quatenus brachium potest protendere.“ (*Lauterbach* collegium pand. III Band l. 13 Tit. 8 Nr. 7).

kommen; an denjenigen flumina indessen, welche torrentia sind, d. h. welche zeitweilig trocken liegen, bleibt die Privatberechtigung unbeschränkt. — Ein solcher Akt, wie der oben angeführte, ist genereller Natur: es wird eine ganze Gattung von Sachen dem publicus usus überwiesen. Soll eine einzelne, dem Staate oder der Gemeinde gehörige Sache in den Gemeingebrauch gelangen, so ist dazu ein besonderer Akt, die Publication, erforderlich. Die Publication erfolgt mittelst eines vom Consul erlassenen Edicts. Vgl l. 2 § 21 ne quid in l. p. 43. 8: Viae autem publicae solum publicum est, relictum ad directum certis finibus latitudinis ab eo, qui jus publicandi habuit, ut ea publice iretur, commearetur.[1]) —

Wie oben erwähnt, wird der usus publicus ausser durch rechtliche Privatverfügung des Eigenthümers auch durch unvordenkliche Verjährung,[2]) vetustas, begründet. Deshalb werden die auf Privatboden angelegten Wege öffentlich, wenn sie, so lange das Gedenken der jetzt lebenden Generation reicht, als öffentliche benutzt worden sind.[3])

Die Endigungsgründe des usus publicus sind dieselben wie seine Entstehungsgründe.

Zwar wird ein der Publication entgegengesetzter Akt, durch welchen, wie bei den res sacrae durch die Profanation, der Gemeingebrauch entzogen, und damit die Extracommercialität der betreffenden Sache aufgehoben wurde, in den Quellen nicht genannt. *Eisele* (S. 34) findet eine Erklärung für diesen Umstand in der Erwägung, dass naturgemäss

---

[1]) S. auch den Titel aus *Orelli* bei *Pernice* S. 269. Als der Publication analog sind die Consecration und Dedication bei der res sacrae anzusehen. Siehe *Eisele* S. 33, *Pernice* S. 256.

[2]) *Savigny* System II S. 485 ffg. „Die vetustas ist bloss ein Surrogat der lex oder publica auctoritas, ihr gleichwirkend, wo diese selbst in Vergessenheit gerathen ist, vielleicht auch nie vorhanden war“ *Eisele* S 33.

[3]) L. 3 pr. de loc. et it. publ. 43, 7: vice vicinales, quae ex agris privatorum collatus factae sunt, quarum memoria non exstat, publicarum viarum numero sunt (*Ulpian*).

das Rechtsverhältniss der res publicae in publico usu, in perpetuum berechnet ist.

Jedenfalls ist aber eine lex specialis der öffentlichen Behörde, oder wo der publicus usus und die Extracommercialität auf vetustas beruht, eine entgegenstehende unvordenkliche Verjährung zu Gunsten des Eigenthümers erforderlich, damit eine res publica aufhöre, in publico usu und extra commercium zu sein.[1]) Daher verliert eine via nicht schon durch langjährigen Nichtgebrauch ihre Publicität (l. 2 D. 43, 11), daher bedurfte es, damit die Festungswerke von Basel geschleift und ihres bisherigen öffentlichen Charakters entkleidet würden, eines Beschlusses der zuständigen Behörde des Cantons.

Die Flüsse machen hiervon allein eine Ausnahme; weil die Entstehung ihrer Publicität von ihrer Perennität abhängig ist, fällt mit letzterer auch erstere. Hören die Flüsse auf, perennia zu sein, so verschwindet ohne weitere Erklärung des Staates, der publicus usus, und der Flussboden wird res nullius quae cedit occapanti resp. Eigenthum der Anlieger.

Ueber die Möglichkeit und die Grenzen der Begründung von Sonderrechten an res publicae entscheiden nur die eigenthümlichen Anforderungen des usus publicus; soweit letztere es verträgt, ist eine Bevorzugung Einzelner der Gesammtheit gegenüber nicht ausgeschlossen.[2])

Alle diejenigen freilich, welche wie *Puchta*, *Sintenis*, *Arndts* dies Wesen der res extra commercium darin sehen, dass an ihnen Privatrechte nicht möglich sein können, müssen folgeweise die Frage, ob an den öffentlichen Sachen jura propria, Sonderrechte Platz greifen können, verneinen. Auch *Ihering* würde keine andere Antwort haben, da er die Grundeigenthümlichkeit der dem Verkehr entzogenen Sachen

---

[1]) *Wappäus* S. 44, *Eisele* S. 33.

[2]) Vgl. *Hesse* S. 271 fg.; *Kappeler* S. 18 fg.; *Eisele* S. 38 fg.; *Wappäus* S. 24 und 40; *Windscheid* Pand. § 146; *Weisske* Rechtslexicon Bd. 10, S. 234 fg; *Schwab* Arch. f. c. Pr., Bd. 30; *Seuffert* Arch. Bd. 17, n. 22, Bd. 22 n. 10.

eben in der Abwesenheit der ausschliesslichen Berechtigung, des exclusiven Moments sucht.

Solche den usus publicus nicht beeinträchtigende jura propria (*Schwab* nennt sie Ausnahmen von der Regel, Anomalieen) konnte nur durch einen Act der gesetzgebenden Gewalt verliehen werden; in der älteren Zeit durch Volksschluss (lex), später durch Senatusconsult und in der Kaiserzeit nur durch concessio principis. Die Exceptio des Prätor in seinem Edict nequid in loco publico (l. 2 pr. D. 43, 8) lautete: praeterquam quod lege, senatusconsulto, edicto decretove principum tibi concessum est. Eine einfache Erklärung oder Verfügung des Eigenthümers, des Fiskus oder der Gemeinde war nicht ausreichend zur Begründung von jura propria.

Surrogat der Verleihung durch die Staatsgewalt ist auch hier, wie bei der Begründung des allgemeinen Gebrauchsrechtes, der unvordenkliche Gebrauch oder Besitz.[1]) (*Savigny* System IV S. 49 fg.)

Dies so erworbene Eigenrecht ist ein wirklich dingliches Recht, und zwar entweder höchst persönlich, wie die Personalservitut, also an die Person des Berechtigten geknüpft, oder dinglich, wie die Realservitut, mit einem Grundstück untrennbar verbunden.[2])

In einzelnen Fällen ahmen diese jura propia den Character der Superficies oder Emphyteuse nach und sind frei veräusserlich und vererblich.[3])

§. 8.
Schutz der res publicae.

Wird der Fiskus oder die Gemeinde in ihren, nicht durch den Gemeingebrauch genommenen, Eigenthumsdispositionen über die öffentliche Sache, wie in der Errichtung

---

[1]) L. 3 § 4 D de aqua cot. 43,20. S. auch l. 26 de a qu. pl. 39,3.
[2]) L. 1 § 43 D. 43,20; l. 1 § 44 D. ibid.
[3]) L. 2 § 17. D. 43,8; l. 32 D. 18,1.

von Bauten in via publica, der Nutzung des an den Seiten der öffentlichen Wege wachsenden Grases u. s. f. (s. § 4) gehindert, entweder durch völlige Vorenthaltung der factischen Herrschaft, oder durch blosse Eingriffe in das Gebiet des Eigenthums, so haben sie wie jeder andere privatrechtliche Eigenthümer die gewöhnlichen positiven und negativen Eigenthumsklagen: die vindicatio, die actio Publiciana und actio negatoria.[1]) —

Die Rechtsmittel, welche das römische Recht zum Schutz des usus publicus zu Gebote stellt,[2]) stehen mit dem öffentlich-rechtlichen Character des Letzteren in vollständiger Uebereinstimmung.

Nach dem Satze: loca publica privatorum usibus deserviunt, jure scilicet civitatis, non quasi propria cujusque machte der Bürger in den prohibitorischen und restitutorischen Klagen zunächst und direkt sein eigenes Recht geltend, dann aber auch das mit dem seinen identische Recht der andere Bürger.[3])

Kein Popularinterdict, nur eine actio injuriarum hatte Statt, wo nur des Einzelnen Persönlichkeit durch Hinderung des Gemeingebrauches verletzt war.[4]) L. 2 § 9 ne quid in l. p. 43, 8: Si quis in mari piscari aut navigare prohibeatur, non habebit interdictum: quemadmodum nec is, qui in campo publico ludere vel in publico balneo lavare aut in theatro

---

[1]) *Wappäus* S. 110.

[2]) Literatur: *J. F. de Rètes* im Thesaurus jur. ed. *Meermann*, Bd. 5 und 7; *Unterholzner*, die Lehre von den Schuldverhältnissen (herausg. von *Huschke*, 2. Band, *Caepolla*, de serv. tract. 2. cap. 1; *v. Savigny*, das Recht des Besitzes § 46; *Bruns*, das Recht des Besitzes, und Zeitschrift f. R. Gesch. III; *Witte*, das interdictum uti p.; *Stryk*, usus mod. Pand. l. 43 tit. 8 seq.; *Lauterbach*, coll. theor. pract. Pand. l. 43 tit. 8 seq., *Heimbach* in *Weiske's* Lexicon, Bd. 5, S. 526—636; *Haubold*, Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft, Bd. IV., No. 12, S. 358 seq.

[3]) Siehe *Bruns* a. a. O. (Zeitschrift) S. 407; *Witte*, a. a. S. 9 fg.

[4]) *de Rètes* a. a. O. S. 533 § 21; est concussio et species contumeliae alterum prohibere uti illis rebus quibus omnes homines possunt uti ex facultate naturali.

spectare arceatur, sed in omnibus his casibus injuriarum actione utendum est.

In manchen Fällen concurrirte die actio injuriarum, mit den Interdicten; für die Anwendung ist dann massgebend, ob durch Hinderung des Gemeingebrauchs mehr das öffentliche Interesse oder der Einzelne laedirt wird.[1])

Die wichtigsten zum Schutze der flumina publica und viae publicae gegebenen Popularinterdicte waren folgende:

a) Die in den Pandecten unter dem Titel interdictum de fluminibus et ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur aufgeführten zwei Interdicte, von denen eines prohibitorisch, das andere restitutorisch ist. (L. 1 D 43, 12.)

Das prohibitorische Interdict,[2]) eigentlich nur für schiffbare Flüsse gegeben, dann aber auch, und zwar schon zur Zeit der classischen Juristen auf nicht schiffbare Flüsse und auf Kanäle angewendet, durch welche ein öffentlicher Fluss ganz oder theilweise geleitet wird, ist gegen jede Handlung und jede Anlage gerichtet, welche die Schifffahrt beeinträchtigt oder zu beeinträchtigen droht, das Wasser dem Flusse entzieht, die Landungsplätze beschädigt, den Leinpfad zerstört u. dgl. War die Handlung oder die Anlage schon geschehen, so hatte das restitutorische Interdict Statt, welches auf Wiederherstellung des früheren Zustandes ging.

---

[1]) *Pauli* rec. sent. l. V. tit. 6 § 2: ut interdictum, ita et actio proponitur, nequis via publica aliquem prohibeat. — Anders freilich versteht *Unterholzner* a. a. O. S. 155, Anm. 382 diese Stelle: „Die hier erwähnte actio kann nur die in Folge des nicht befolgten Interdictum eintretende sein.“

[2]) *de Rètes* a. a. O. p. V. (S. 528) § 1 . . . est prohibitorium, ne quid fiat, immittaturve in flumine publico, vel in ejus ripa, quo statio navis, vel navigatio deterior reddatur de quo multa comminiscitur, importuna tamen.

Durch dieses Interdict, welches alle Anlagen im Gewässer wie am Ufer verbietet, insofern sie die Schiffahrt beeinträchtigen, war an und für sich die Benutzung des Wassers zum Mühlenbetriebe unmöglich gemacht.

b) Zum Schutz gegen jede Einwirkungen auf die öffentlichen Strassen und Pfade, wodurch dieselben zum Verkehr weniger tauglich würden, haben die Römer ein prohibitorisches und ein restitutorisches Popularinterdict.[1]) (L. 2 § 20—34 D. ne quid in loco publ. 47, 8; L. 2 § 35 D ibid.) Beide Interdicte gehen indessen ausschliesslich nur auf die Landstrassen. Für die Strassen in der Stadt sorgten die Behörden, aediles, curatores, auf polizeilichem Wege.[2])

c) Zum Schutz der Wegebesserungen hatte das interdictum de via publica et itinere publico reficiendo Statt [3]) Unter refectio wurde die Wiederherstellung des früheren Zustandes verstanden; es gehört dahin das Reinmachen (purgare) und das Aufschütten (aperire) zur Wiederherstellung der alten Höhe und Breite.[4]) Auch neue Bauten konnten angebracht werden, sobald dieselben für die Benutzung oder gar für das Bestehen des Weges erforderlich waren. So konnte beispielsweise ein Knüppeldamm (pons) selbst da angebracht werden, wo solcher bisher nicht gewesen war, wenn ohne ihn der Weg unfahrbar wäre.[5]) Jegliche Veränderungen indessen, welche nicht nothwendig waren, galten als Verschlechterungen, z. B. wenn ein Erdweg zum Kies- oder Sandweg gemacht wird, und die Vornahme solcher Veränderungen konnte durch das Interdict gehindert werden.[6])

Zum Schutze der loca publicis usibus destinata diente

---

[1]) *Heimbach* a. a. O. S. 591—596; *Unterholzner* a. a. O. S. 189; *de Retes* a. a. O. fom. 7 S. 531 . . . cuicunque hoc interdictum competere, quia tantum juris habemus ad obtinendum, quantum quilibet de populo ad prohibendum . . . *Lauterbach* a. a. O. Tit. 8 Nr. 13.

[2]) Sobald Jemand bemerkte, dass irgend einer aus dem Publikum die Strasse beschädigte, brauchte er hiervon nur die Behörde in Kenntniss setzen; Sklaven konnten kurzweg durchgeprügelt werden. (L. 2 § 24 D. ne quid in loco publ. 43,8; l. un. D. de via publ. 43, 10.)

[3]) *Unterholzner* a. a. O. S. 203; *Heimbach* a. a. O. S. 585;

[4]) L. 3 § 11 D. de it. actuque priv.

[5]) L. 3 § 16 D. ibid. . . .

[6]) L. 1 § 2 D. 43, 11.

das restitutorische Popularinterdict quod vi aut clam,[1]) welches gegen Veränderungen ging, die mit und in einem locus publicus vorgenommen worden sind und Jemand aus dem Publikum in Schaden gebracht haben.[2]) Als solche Veränderungen nennen die Quellen: das Ziehen von Gräben und Furchen über den locus publicus,[3]) das Werfen von Steinen oder das Hinkarren von Erde auf ihn,[4]) und andere dauernde Veränderungen auf der Erdoberfläche.

Ausgeschlossen ist natürlich das Interdict da, wo die Behörde vermöge ihrer Amtsgewalt die Arbeit anbefohlen hat,[5]) und sie weder hinter dem Rücken des Interdicenten, noch seinem Widerstande zum Trotz vorgenommen worden ist.[6])

Zum Schutze der jura propria[7]) war eine Klage, die gegen den populus, oder später gegen den Kaiser und seine Beamten, als Vertreter des populus hätte gerichtet werden müssen, undenkbar. Der Verletzte war auf ein Bittgesuch (preces) angewiesen.[8]) Auch gegen Dritte, welche die Ausübung des Sonderrechts verhindern, war sowohl eine dingliche Klage, als eine exceptio versagt. Geschützt wurden dagegen die jura propria wegen ihrer Aehnlichkeit, die sie mit Bezug auf ihren Inhalt mit den Servituten haben, durch die den Letzteren gewährten Rechtsmittel. Ait praetor: tuo ex castello illi aquam ducere ab eo cui ejus rei jus fuit

---

[1]) Siehe besonders *Heimbach* a. a. O. S. 607, *Unterholzner* a. a. O. S. 179 ffg.; *Donellus*, commentarii juris civilis l. 15 cap. 35; *Hasse* im rhein. Museum Bd. 1 S. 1 ffg., *Francke*, im Archiv f. civilistische Praxis Bd. 22 N. 14 S. 350 ffg.

[2]) L. 20 § 5 D. quodvi 43, 24; l. 20 § 4, l. 22 § 3 D. ibid.

[3]) L. 7 § 8, l. 9 § 3, l. 22 § 1 D. ibid.

[4]) L. 15 §§ 1 und 2 D. ibid.

[5]) L. 7 § 4 D. ibid.

[6]) L. 1 pr. § 4 und 5. l. 7 § 5 D. ibid.

[7]) Besonders *Heimbach sen.* bei *Weisske* Bd. 10 S. 235 ffg.

[8]) L. 24 pr. D. 39, 2.

permissum est; quominus ita, uti permissum est, ducat, vim fieri veto.[1])

Der Besitzer des jus proprium war freilich hierbei dadurch sehr im Nachtheil, dass es nicht auf das faktische Vorhandensein der Befugniss ankam, sondern dass deren richtige und giltige Entstehung in ihrem ganzen rechtlichen Umfange Gegenstand der Erörterung wurde.

II. Theil.

Das deutsche und preussische Recht.

III. Abschnitt.

§ 9.

Das Rechtsverhältniss der öffentlichen Sachen im Mittelalter.

Der Schriftsteller *Leyser* sagt um das Jahr 1760 in seinen Meditationes ad Pandectas (specim. 25 § 1 ff.): Publicae res ex sententia J. C. torum Romanorum vocantur, quarum proprietas et usus ad integrum populum spectat. Quae definitio statui democratico, qualis ante Augustum Romae fuit, optime convenit.[2]) Weiter heisst es: Igitur si

---

[1]) L. 1 § 38 D. de aqua cot. 43, 20; Vgl. l. 1 § 39—45 ibid. ferner l. 3 § 4 D. 43, 25; l. 1 § 9 D. 43, 23; l. 40 D. 47, 10.

[2]) Dieselbe Anschauung hat *Stryk* (um 1700) im usus mod. Pand. ad. Tit. Dig. 43, 10 und 43, 11; *Meurer*, Wasserrecht 1570 (bei *Fritsch*, Jus fluv. P. I p. 1147) sagt: „das Meer und die gemeine Wasserflüss sei, soviel das Eigenthum und die Oberkeit betreffe, in eines römischen Kaisers Schirm und Gewalt.“ *Stypmann*, de jure maritimo et nautico, *Gryphiswald*, 1652 P. II c. 5 § 49 fg. (bei *Fritsch* l. c. p. 5—7) äussert: Hoc respectu publica dicuntur (sc. flumina) quasi populica, quod sunt in dominio vel proprietate certi alicujus populi vel reipublicae . . . vel capitis ejus, sive Imperator, Rex vel Princeps, vel alio nomine ducat. Ita in dominio, patrimonio, liberrima potestate et omnimodo proprietate Principis publica flumina esse dicuntur.

publicae res secundum statum monarchicum, qui Romae sub Augusto cepit et hodie in plerisque Germaniae provinciis obtinet, definiendae sunt, dici debent illae, quarum proprietas liberaque de cis dispositio ad principem pertinet, usus vero ad omnes, quibus princeps illum sive expresse, sive tacite concessit. Weiter: Itaque cuncta illa, quae a J. Ctis Romanis subtiliter de publicis rebus disputantur, hodie ex Doctrina de regalibus dicenda sunt. Non nova haec Doctrina est, sed vetustissima, et jam *Friderico* imperatori cognita, qui in constitutione quae 2 F. c. 56 extat, inter regalia enumerat vias publicas, Flumina navigabilia u. s. w.

Die hier in Bezug genommene, für das lombardische Reich gegebene Constitution Friedrichs I. vom Jahre 1158 stellt die wirklichen res fiscales in eine Linie mit den viae publicae, den flumina navigabilia und den portus als Bestandtheile des königlichen Fiscus.

Aus diesen Zeugnissen der Gesetzgebung und Doctrin, die sich leicht vermehren liessen, (es sei nur noch erwähnt der Sachsenspiegel II 98, wo die öffentlichen Wege „des Küninges Strasse“ genannt werden) erhellt, dass dem älteren deutschen Rechte die römische Unterscheidung der res fiscales in patrimonio populi und der res in publico usu fremd war. Man betrachtete beide Kategorien als im nutzbaren Eigenthum des Königs stehend. Die römische Distinction sollte auf der demokratischen Verfassung Roms beruhen, und mit den monarchischen Verhältnissen in Deutschland unvereinbar sein.[1]) —

Diese mittelalterliche Anschauung, welche bis an das Ende des vorigen Jahrhunderts und noch in dieses Jahrhundert hineingeklungen hat, ist schliesslich in Folge der

---

[1]) Man berief sich unter Anführung der l. 1 pr. D. 1, 4 auch darauf, dass das römische Volk seine Rechte durch die lex Regia auf den Kaiser übertragen habe.

S. die vorzügliche Auseinandersetzung bei *Heimbach* (*Weiskke* 11) S. 120 ffg. —

Umgestaltung der öffentlichen Verfassung und der scharfen Trennung der privat- und staatsrechtlichen Elemente, der romanistischen Distinction gewichen. Gesetzgebung und Doctrin haben den römischen Grundgedanken gegenüber den eingewurzelten germanischen Anschauungen zum Siege verholfen. Allgemein werden heutzutage die Staatsgüter in Sachen, welche dem Staate als juristischer, ökonomischer Person gehören und von ihm so gebraucht werden, und in Sachen, deren Eigenthum zwar auch dem Staate gehört,[1]) die aber die Zweckbestimmung des öffentlichen, allen Staatsbürgern gemeinsamen Gebrauches haben und nur aus diesem Grunde partiell dem Verkehre entzogen sind, geschieden.[2]) Eine Unterart der Güter ersterer Art bilden die Domainen (Kammergüter, Kassengüter, Krongüter, bona fiscalia, bona regalia).

Die deutschen partikularrechtlichen Codificationen haben durchgängig die römische Anschauung mit ihren hauptsächlichsten Consequenzen adoptirt, obwohl auch eine bestimmende Einwirkung der älteren deutschen Lehre nicht zu verkennen ist. Namentlich klingt die Anschauung von der Regalität der öffentlichen Flüsse noch in vielen Folgerungen nach.

Das Preussische Allg. Landrecht theilt im 2. Theil 14 Titel §§ 1 und 21 das Eigenthum des Staates ebenfalls ein: in besonderes oder fiscalisches und in gemeines Eigenthum. Die Begriffsbestimmung des ersteren ist eine ziemlich ungenaue. „Alle Arten der Staatseinkünfte, welche aus dem Besteurungsrechte, aus dem besonderen Staatseigenthum, den nutzbaren Regalien und anderen Staatsabgaben fliessen,

---

[1]) Wenn auch römisch- und gemeinrechtlich das Eigenthum an den öffentlichen Sachen streitig ist, für das heutige, speciell preussische Recht ist es ausser Zweifel.

[2]) *Dernburg,* Pr. Privatrecht I Bd. S. 118 Anm. 8 sagt: Letzteres, das gemeine Eigenthum beruhe auf allgemeinen Gesetzen, ersteres, das fiscalische Eigenthum müsse durch besondere Rechtsthatsachen erworben werden.

werden unter der Benennung des Fiscus begriffen und haben besondere Vorzugsrechte.“ (§ 1 l. c.)

Als Bestandtheile des „gemeinen“ Eigenthums nennt der § 21 l. c: die Land- und Heerstrassen, die von Natur schiffbaren Ströme, das Ufer des Meeres und die Häfen.[1])

Wie das römische, so hat auch das moderne Recht nicht nur öffentliche Sachen im Eigenthum des Staates, sondern auch solche im Eigenthum einer politischen Gemeinde. Das Vermögen der letzteren ist deshalb auch entweder eigentliches Gemeindegut, patrimonium universitatis, in den Städten Kämmereivermögen,[2]) auf dem Lande Ortsvermögen genannt, welches wie das Landrecht Th.l 2 Tit. 6 § 71 sagt „zur Beförderung des gemeinschaftlichen Besten der Gesellschaft und zur Erreichung des Endzwecks dient,“ oder es ist öffentliches, d. h. dem öffentlichen Gebrauche überlassenes Gut. Zu dem ersteren gehören insbesondere, Zinsen, Gefälle, Communalsteuern, Pachtgelder u. dgl.; zum letzteren die im Eigenthum der Gemeinde befindlichen, dem öffentlichen Gebrauche gewidmeten Strassen, Wege, Gebäude und Plätze.[3])

---

[1]) Auch die ausserdeutsche Gesetzgebung hat die römischen Begriffe adoptirt. So unterscheidet der französische Code civ. zwischen domaine nationale und domaine public. (Art. 538—542), der italienische Codice civile (Capo III Art. 425 ffg.) zwischen demanio publico und beni patrimoniali. Der französische Code sagt in den Art. 540 und 541: Les portes, murs, fossés, remparts des places de guerre et des forteresses font aussi partie du domaine public. Il en est de même des terrains, fortifications et remparti des places de guerre: ils appartiennent à l'état, s'ils n'ont été valablement aliénés on si la propriété n'en a pas été préscrite contre lui.“

Der italienische Codice bezeichnet ebenfalls im Art. 426 das demanio publico als Staatseigenthum und führt im Art. 427 die wichtigsten res publicae in publico usu auf. „Le strade nazionali, il lido del mare, i porti, i seni, le spioggie, i fiumi e torrenti, le porte, le mura, le fosse, i bastioni delle piazze da guerra e delle fortezze fanno parte del demanio publico.“

[2]) § 138 ffg. Thl. II Tit. 8 A. L. R.

[3]) Wohl zu trennen ist hiervon das sog. Allmendgut, d. h. diejenige Art von Gemeindegütern, deren Benutzung den einzelnen Cor-

§ 10.
Die wichtigsten öffentlichen Sachen.
A. Die Flüsse.

Die Klage des Schriftstellers *Hering* (Tract. de Molendinis Qu. 15 No. 1)[1]) wegen der grossen Verschiedenheit der Ansichten über die Unterscheidungsmerkmale eines öffentlichen und Privatflusses hat für das Römische und für das heutige Recht gleiche Bedeutung. Die in der Doctrin am meisten verbreitete,[2]) von der Praxis[3]) und Gesetzgebung[4]) ziemlich allgemein anerkannte, hauptsächlich auf die oben genannte constitutio „Regalia sunt etc.“ und auf die Stelle im Sachsenspiegel „Swelk water stram es vlut, dat is gemene to varene unde to vischene inne“,[5]) gegründete Ansicht geht dahin, dass alle schiff- und flössbaren Flüsse öffentlich seien. Die römische Perennität ist somit nicht mehr massgebend.[6])

porationsgliedern als selbständiges Recht gebührt. S. *Beseler* dtsch. Priv. §§ 76 und 84 ffg.; *Berend* Zeitschrift f. dtsch. R. Bd. 9 S. 1 ffg. — Vgl. auch A. L. R. Thl. II Tit. 8 unter Marginale „Bürgervermögen“ u. die Preuss. Gemeinheitstheilungsord. vom 7. Juni 1821.

[1]) Siehe oben.

[2]) Siehe *Beseler* II. § 94, *Maurenbrecher* I § 180, *Mittermaier* I. § 222a, *Gerber* § 63, *Schwab* a. a. O. S. 41 flg.; anders *Gerterding* a. a. O. S. 60 („die grösseren oder simpliciter sog. Flüsse gehören zu den rebus publicis, und zwar ohne Unterschied, ob sie schiffbar sind oder nicht“), *Eichhorn* § 268, *Endermann* a. a. O. S. 6.

[3]) Sogar in der älteren Praxis, z. B. in den Decis. Cassell. III, 77 u. 16.

[4]) Siehe unten Landrecht II. Tit. 15; vgl. auch Code Nap. § 538; Bair. Ges. v. 28. Mai 1852, über die Benutzung des Wassers § 2.

[5]) Bd. 2, Art. 28, § 4 (*Homeyer*, Thl. I., S. 133 fg.); siehe auch Eisenach. Rechtsbuch, Bd. 3, Kap. 73; *Ortloff*, Sammlung deutscher Rechtsquellen, Bd. 1, S. 721; ferner *Schwabenspiegel* (Lassberg) Kap. 197; Görlitzer Landrecht (*Homeyer*, Bd. 2, S. 187, Kap. 34 § 1.

[6]) *Bluntschli*, Privatrecht, § 53, S. 140: „Für die Frage, welche Gewässer öffentliche und welche als Privatgewässer zu betrachten seien, hat das römische Recht wohl eine geistige, aber nicht legale Autorität, denn der Entscheid über die öffentliche Eigenschaft einer Sache ist staatsrechtlich, und es kommen für unser Recht sowohl

Das A. L. R. hat den alten deutschen Rechtssatz recipirt und sieht nur die schiffbaren Flüsse als öffentliche d. h. als solche, welche sich im Eigenthum des Staates befinden, an. Der § 38 Theil II. Titel 15 lautet: „Die Nutzungen solcher Ströme, die von Natur schiffbar sind, gehören zu den Regalien des Staates."

Alle nicht schiffbaren Flüsse sind somit aus der Reihe der öffentlichen Gewässer ausgeschieden, und stehen im Privateigenthume.

Häufig sind durch Gesetz Flüsse als öffentlich erklärt, und ist so den in der Wissenschaft hinsichtlich der Begriffsbestimmung schwankenden Grundsätzen ein Ziel gesetzt worden; So z. B. in Sachsen und Curhessen.[1])

Uebrigens steht dem Staate jederzeit das Recht zu, durch Schiffbarmachung einen Privatfluss oder den Theil eines solchen in einen öffentlichen zu verwandeln. Diese Veränderung kann selbstverständlich nur gegen volle Entschädigung der berechtigten Privatpersonen vorgenommen werden. (A. L. R. § 39—41 a. a. O.)

Mit der Frage ob und in wie weit Flüsse, die nur theilweise durch Natur oder Kunst schiffbar sind, als öffentliche anzusehen seien, hat sich das Ober-Tribunal häufig beschäftigt.

Durch Präjudiz des 3 Senats vom 22. November 1850 N. 2253 (Sammlung der Präjudizien Thl. II. S. 96) war der Satz festgestellt worden:

> „Flüsse, die auch nur theilweise von Natur schiffbar sind, sind in ihrer ganzen Ausdehnung als öffentliche Flüsse (Ströme) im Sinne der §§ 38. 39 A. L. R. Thl. II. Tit. 15 anzusehen."

---

die Beziehungen der Flüsse und Bäche zu dem Staat, als von Alters her die zu der Gemeinde in Betracht."

[1]) Nach einem Erk. des Competenzgerichtshofes vom 5. April 1856 (J. M. Bl. S. 178) sind Streitigkeiten über die Frage, ob ein Gewässer ein Privat- oder ein öffentlicher Fluss sei, dem Rechtswege unterworfen.

Zur Wiederlegung dieses Präjudizes war in dem Ministerium für Handel und Gewerbe eine Denkschrift ausgearbeitet und vom Justizministerium dem Ober-Tribunal zur Kenntnissnahme mitgetheilt worden (abgedruckt in der Zeitschrift für die Landeskultur-Gesetzgebung Bd. 16 S. 129 flg.). Das Plenum hat dann auch später das Präjudiz No. 2253 wieder aufgehoben und dafür den Grundsatz ausgesprochen: „Die von Natur schiffbaren Ströme und Flüsse sind nur von dem Punkte an, wo diese Schiffbarkeit beginnt, als öffentliche, im Sinne der §§ 38 Tit. 15 und 21 Tit. 14 Thl. II des A. L. R. anzusehen.“ Pl. Beschluss (Pr. 2748) vom 3 Juni 1867, J. M. Bl. S. 323 Entsch. 58 S. 1).

Nachdem nun auch in dem Erkenntnisse vom 19. April 1877 (Entsch. 80 S. 136) das Ober-Tribunal den Grundsatz aufgestellt hat, dass ein Privatfluss, falls er im Interesse der Schifffahrt nur zum Theil schiffbar gemacht worden ist, dadurch in seinem nicht schiffbar gemachten Theile seinen bisherigen privatrechtlichen Character noch nicht verliert, dass also die durch die Schiffbarmachnng hergestellte Oeffentlichkeit desselben eben nur in soweit geht, als die nunmehrige Schiffbarkeit selbst, lässt sich der Begriff des öffentlichen Flusses im preussischen Recht dahin präcisiren, dass zu sagen ist: Nach preussischem Recht ist ein Fluss ein öffentlicher nur soweit, als er durch Natur oder Kunst schiffbar ist.

Was nun die Frage anlangt: Sind die Flüsse, ebenso wie die übrigen öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch, heutzutage ein Eigenthum des Staates, oder sind sie nur dem Hoheitsrechte desselben unterworfen? so hat deren Beantwortung von jeher viel Staub unter den Gelehrten aufgewirbelt; keine Materie ist wohl mit grösserer Leidenschaftlichkeit behandelt worden, wie diese, wovon die reichhaltige Literatur ein sprechendes Zeugniss gewährt. Schon im röm. Recht suchte man den flumina publica gegenüber den übrigen res publicae in publico usu eine Sonderstellung zuzuweisen, und läugnete an ihnen die Existenz eines Staats-

eigenthums, jedoch wie wir glauben und oben nachzuweisen versucht haben, mit Unrecht.

Im Mittelalter betrachteten die sog. Hof- und Fiscaljuristen auf Grund der Regalitätslehre, wie überhaupt die res publicae, so insbesondere die flumina publica als fiscalisches Eigenthum, und suchten dasselbe durch verschiedene, freilich auch schon damals sehr bekämpfte Theorien, von denen die sog. Occupationstheorie hervorzuheben ist, zu begründen.[1] Als dann später die Unterscheidung von fiscalischem und öffentlichem Eigenthum allgemein wurde, entbrannte der heftigste Streit über die Rechtsstellung der öffentlichen Flüsse. Die herrschende Theorie, der auch wir uns anschliessen zu müssen glauben, stellten die öffentlichen Flüsse in eine Linie mit den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch überhaupt, und betrachtet sie als im Staatseigenthum stehend. Diese Theorie[2] steht im Einklang mit der römischen Anschauung und mit der modernen Gesetzgebung[3]; die aus ihr abgeleiteten Consequenzen sind die einfachsten und natürlichsten. Das A. L. R. zählt (§ 14, Thl. II. Tit 1. 14) die von Natur schiffbaren Ströme, ebenso wie die Land- und Heerstrassen, das Ufer des Meeres und die Häfen zu dem gemeinen Eigenthum des Staates. Eine besondere Rechtsstellung ist hier den öffentlichen Flüssen nicht angewiesen; die gleichen Rechtsgrundsätze müssen somit für alle öffentlichen Sachen gelten.

---

[1]) *Stryk,* usus mod. pand. tan. 1 ad tit. D. 1, 8; *Stypmann,* de jure maritimo et nautico p. II. cap. 5, § 57 (bei *Fritsch,* Jus. fluviat. p. 1, p. 5. 7); *Heig,* Cons. c. II. qu. 40 (ebenda p. 2 p. 176. 181).

[2]) Die Anhänger und Widersacher derselben sind ziemlich vollständig aufgezählt bei *Heimbach* a. a. O. und bei *Schwab* a. a. O. § 40 bis 43, S. 54–62.

[3]) Die neueren Wassergesetze, z. B. Preuss. Ges. v. 28. Febr. 1843, Badisches Ges. v. 28 Februar 1851, K. Sächs. Ges. v. 15. Aug. 1855, das Bairische Ges. v. 28. Mai 1852, das Weimar'sche Ges. vom 16. Febr. 1854, regeln hauptsächlich die Thätigkeit der Verwaltungsbehörden in Bezug auf die Flussverhältnisse. Sie sind deshalb für das Privatrecht ohne Interesse.

In Anssehung der Frage, wie das deutsche und preussische Recht sich zu den römischen Grundsätzen von der insula in flumine nata, vom alveus derelictus und der Alluvion verhält, so stimmen die deutschen Rechtsquellen mit dem röm. Rechte überein. (S. Sächsisches Landr. II. Art. 56, Eisenach. Rechtsbuch, Bd. V. c. 106, Rechtsbuch nach distinctionen, Bd. 5. c 30, Schwabenspiegel art. 370.)

Diese Grundsätze machen auch somit heutzutage die Regel aus, so lange ihnen nicht eine in dieser Hinsicht hergebrachtes Regal entgegensteht.[1]) Das preussische Recht lässt in Bezug auf die Insel und die Alluvion die Provinzialgesetze massgebend sein, wo diese kein Vorbehalt für den Staat gewähren, treten die Uferbesitzer in ihr Recht. Alluvionen gehören ihnen ohne Weiteres. (A. L. R. §§ 67 flg., Thl. II., Tit. 15 und §§ 225, 244 flg., Thl. I., Tit. 9.)

Für den Fall, dass ein Fluss nicht casuell, sondern in Folge eines Menschenwerkes sein altes Bett verlässt, verbleibt dieses nach erfolgter Trockenlegung im Eigenthum des Staates. Für das neue, künstlich hergestellte Bett müssen die Grundbesitzer, die ihr Eigenthum durch die Wasserbedeckung verlieren, entschädigt werden und zwar im Wege der Expropriation. Gräbt sich indessen der Fluss von selbst ein neues Bett, so müssen die Grundbesitzer, die Eigenthum durch die Wasserbedeckung verlieren, diesen Verlust als ein Naturunglück tragen. Sie haben nur insofern einen Anspruch auf Entschädigung, als ihnen der Erwerber des alveus derelictus diesen oder den Werth desselben übereignen muss. (§§ 69—72 A. L. R II. Tit. 15.) — Die portus waren auch bei den Römern im Staatseigenthum;

---

[1]) S. *Eichhorn* dtsch. Privatrecht S. 663; Vgl. auch über Vorstehendes: *Leyser*, sp. 25 m. 4; Sp. 502, cor. 3; *Kind*, quaest. for. tom. 1. cap. 43; *C. F. Günther's* Quaestionum de jure aquarum specimen II. III. IV. — In verschiedenen Territorien Deutschland's fallen deshalb auch der alveus und die insula der Landesherrschaft zu. So in Kurhessen und Sachsen; vgl. die Kurh. Ordnungen von 1739.

das Meer und Meeresufer dagegen res communis.[1]) Nach Völker- und Privatrecht gehören nun auch das Meer und das Meeresufer zu den im Staatseigenthum befindlichen res publicae in publico usu.[2])

B. Die Wege.

Von jeher standen in Deutschland die grossen Strassen, auf welchen der König mit seinem Heere zieht, und welche zu den Gerichtsstätten führen, unter besonderem Schutze und Frieden. Ueber die sog. Königsstrasse enthält das sächs. Landrecht, Art: 59, § 3, Bd 2 nähere Bestimmungen. Indessen machen diese viae regiae, welche im Eigenthum des Staates stehen, nur einen Theil der öffentlichen Wege aus. Es gehören dahin alle, dem gemeinen Gebrauch dienenden Wege ohne Rücksicht darauf, ob der Wegeboden im Eigenthum des Staates, einer Gemeinde oder einer Privatperson[3]) steht.

In Preussen werden die Land- oder Heerstrassen, ferner die Kommunikations- oder Vicinalwege als öffentliche betrachtet.[4])

Ein allgemeine Verordnung für den preussischen Staat ist nicht vorhanden. Nur verschiedene, in die moderne Staatsform nicht passende Provinzial- und Partikular-Verordnungen[5]) regeln die Rechtsverhältnisse über den Bau

---

[1]) S. oben.

[2]) *Heffter*, für Völkerrecht §§ 73. 75; A. L. R II. 15 § 80 fg. Siehe jedoch Entsch. d. Obertribunals v. 28. Nov. 1866, Goltd. Arch. 15, S. 77.

[3]) Die im Eigenthum eines Privaten stehenden Wege zählen wir aus dem bereits bemerkten Grunde nicht zu den öffentlichen im eig. Sinne. Sie können nach Willkür von dem Eigenthümer geschlossen werden.

[4]) A. L. R. Thl. II. Tit. 15, § 1, flg.; wichtig sind die Erk. des Ob.-Trib. v. 8. Mai 1858 und 8. Februar 1869, (Str. Arch. 29 und 74.)

[5]) So für Ostpreussen: Wegeordnung vom 24. Juni 1764, Westpreussen v. 4. Mai 1796 (wichtig ist hier das Erk. des Ob.-Tr. v. 14. April 1862, Entsch. 48, S. 364.) Eine neue Wegeordnung für die ganze Monarchie wird jedenfalls auch nicht vor der Vollendung der

und die Unterhaltung der Wege in den einzelnen Landestheilen. Nur für die Provinz Posen, wo keine provinzialrechtliche Bestimmungen existirten, und wo die Verhältnisse deshalb besonders schwierige waren, ist ein Specialgesetz vom 21. Juni 1875 (Ges.-Samml. S. 324) zu Stande gekommen.

Die Qualität eines Weges als eines öffentlichen wird durch die dahingehende Erklärung der Verwaltungsbehörde herbeigeführt. Der Rechtsweg dieserhalb ist unzulässig. (*Seuffert* Arch. III. 148, XVII. 285, Erk. des Gerichtsh. zur Entsch. der Competenz-Confl. vom 5. April 1851 (J. M. Bl. S. 203.) Hierdurch wird aber nicht über das Eigenthum am Wegeboden entschieden, sondern nur die Dispositionsbefugniss des Eigenthümers beschränkt. Das Eigenthum kann im Rechtswege verfolgt werden. (Erk. vom 19. September 1872 (*Strieth.* Arch, S. 193.)

Eine besondere Art der öffentlichen Strassen sind heutzutage die Staatseisenbahnen (Ges. vom 3 November 1838). Durch eine Erklärung der Regierung werden sie dem öffentlichen Verkehr übergeben, und der usus publicus ist ihnen dann etwas begrifflich Nothwendiges. (Vgl. *Wappäus* S. 107.)

Die in L. un. § 3 D. de via publ. 43, 10 erwähnte „öffentliche Strasse längs dem Hause" ist mit dem bei uns sog. Bürgersteig (Fusssteig, Trottoir) identisch. Derselbe ist im pr. Recht ein Mittelding zwischen öffentlichem und Privatwege. Er gehört zur Strasse oder zum Platze, kann jedoch von den Hausbesitzern unter bestimmten Einschränkungen genutzt werden. (A. L. R. Thl. I. Tit. 8 § 81)

Die Oeffentlichkeit des Bürgersteiges zeigt sich jedoch in Folgendem: der Hauseigenthümer hat keinen Anspruch auf das Städtegeld (Budengeld); das Pfandrecht des Vermiethers an den Mobilien und Effecten des Miethers hört

---

Organisation der höheren Verwaltungsbehörden, besonders der Provinzial- und Bezirks-Behörden, wie sie durch die Provinzialordnung angebahnt ist, geschaffen werden.

auf, sobald dieselben aus der Wohnung auf den Bürgersteig geschafft sind; der Eigenthümer kann bei dem Verkaufe seines Grundstücks nicht in dessen Flächeninhalt das davor hinlaufende Trottoir mit einrechnen; Gastwirthe sind nicht verhaftet, wenn die Effecten des Reisenden auf dem Trottoir vor dem Gasthause verloren gehen oder beschädigt werden. —

C.

Im römischen Recht waren die res sacrae, wie überhaupt die res divini juris vollständig dem Commercium entzogen;[1]) ein privatrechtliches Eigenthum war an ihnen nicht denkbar.[2]) Es war die Anschauung maassgebend, dass die Tempel und Tempelgeräthe im Eigenthum der oberen Gottheiten, die Grabstätten in dem der Dii Manes ständen. Diese heidnische Anschauung wurde dann im deutschen Recht durch die christlich kirchlichen Verhältnisse beseitigt. Heute sehen wir nun vielfach die res sacrae, den res publicae in publico usu gleichgestellt,[3]) indem der Staat oder die bürgerliche Gemeinde das Eigenthum an ihnen hat. (A. L. R. Thl. II Tit. 11 §§ 772 ffg.) Für den Umfang ihrer Verkehrsentziehung wird freilich nicht allein der publicus usus, sondern auch die durch die gottesdienstliche Bestimmung bewirkte Sacertät massgebend sein.

Von anderen öffentlichen Sachen sind noch mit dem A. L. R. Thl. II. Tit. 8 § 126 zu nennen: „Gebäude, welche zum Betriebe der öffentlichen Angelegenheiten und zu andern gemeinsamen Nothdurften, nicht blos für die Stadtgemeine, sondern zugleich für alle am Orte Geschäfte treibende Einwohner und Fremde bestimmt sind."

---

[1]) Siehe oben § 6 und *Wappäus* S. 8 ffg. —

[2]) *Justinian* gestattete indessen schon die Veräusserung gewisser res sacrae zu bestimmten Zwecken. § 8 J. de d. r. 2, 1; l. 2 C. si. eccl. 1, 2; Nov. 120 c. 10. —

[3]) Vgl. *Richter* Kirchenrecht 5. Aufl. § 286, 300 fg.; *Wappäus* a. a. O. S. 56 fg.; *Walter* Kirchenrecht § 287, 290; *Seuffert* Arch. 6, 140.

In Preussen werden die Kirchhöfe binnen Kurzem sämmtlich dem Eigenthum der Kirchengemeinden entzogen werden; dies bezweckt

§. 11.

Vervollkommung des an den öffentlichen Sachen stattfindenden Eigenthums in Folge ihrer Extracommercialität.

Die Frage, ob überhaupt heute noch der römische Begriff der res extra commercium existire, und seine praktische Anwendung finde, muss bejaht werden.[1]) Freilich sind die Wirkungen der Ausschliessung vom Verkehr bei weitem andere im heutigen, wie im römischen Rechte doch werden sich dieselben auch jetzt noch nach dem jedesmaligen Umfange der Ausschliessung bestimmen lassen.[2]) Die totale Ausschliessung vom Verkehr, z. B. bei Giften, falschem Papiergeld, gewissen Schriften beruht namentlich auf polizeilichen Rücksichten, also wandelbaren und veränderlichen Anordnungen. Eben deshalb können die Bestimmungen in l. 4 § 16 (10, 2) wegen der Gifte und der libri improbatae lectionis, als anwendbar für das gemeine Recht nicht betrachtet werden. Was nun die partielle Extracommercialität anlangt, so können nur innerhalb der durch den Grad der Ausschliessung gezogenen Grenzen, in bestimmten Beziehungen Privatrechte an den betreffenden Sachen nicht stattfinden. Hiermit übereinstimmend sagt das A. L. R. Thl. I. Tit. 4 § 14: „Soweit eine Sache dem Privatverkehr entzogen ist, soweit kann sie kein Gegenstand einer Willenserklärung sein.“

---

eine von dem jüngst verstorbenen Dr. *Förster* im Cultusministerium ausgearbeiteter „Gesetzentwurf über die Säcularisirung der Begräbnissplätze.“

[1]) *Wappäus* S. 45 fg. und die oben aug. Literatur.

[2]) Das preussische Recht hat eine dem röm. Rechte unbekannte Art von res extra commercium: nämlich die durch rechtliche Privatverfügung entstanden sind. (A. L. R. Thl. I Tit. 4 § 15). Diese Extracommercialqualität, wie sie bei Lehnen, Fideicommissen Statt hat, und auch durch sonstige testamentarische oder vertragsmässige Veräusserungsverbote hervorgerufen wird, ist indessen nur relativer Natur, sie bindet nur die Erben des Erklärenden, jeden dritten aber nur dann, wenn ihm die Eigenschaft bekannt war, oder wenn sie intabulirt ist. § 16—18 l. c., § 11 Ges. I v. 5. Mai 1872.

Zu diesen partiell extracommecialen Sachen gehören auch die heutigen öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch, indem bei ihnen einzelne Privatrechte von allen Personen nicht erworben werden können. (A. L. R. II. 14, § 21 – 24, II. 15, § 7, 8, 38, 73, 80, 229; II. 11, § 173, 179.)

Welches diese Privatrechte seien, ist durch positive Bestimmungen, die indessen die römischen Grundsätze bedeutend modificirt haben, fixirt.

Vor allem ist der röm. Rechtsgrundsatz, wonach jedes Rechtsgeschäft über eine res extra commercium, also auch über eine res publica in publico usu, selbst unter der Subsensivbedingung: si commercio esse res roeperit, nichtig ist, als der modernen Anschauung widersprechend, aufgegeben und vielmehr ausdrücklich gestattet worden, darüber gültig zu contrahiren, insoweit die extracommercialität der Sache, resp. ihre Publicität sich verändern lässt und wirklich ändert. (Thl. I. Tit. 5 § 58.)

Im Uebrigen hat das Pr. L. R. die hauptsächlichsten römischen Bestimmungen, in denen eine Vervollkommnung der öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch, vermöge ihrer Extracommercialqualität, gegenüber den gewöhnlichen fiscalischen Sachen, zu finden ist, aufrecht erhalten, so § 386 Thl. I Tit. 12, § 581 Thl. I Tit. 9. Auch die römische Bestimmung (l. 117 D. de v. s. 50, 16 (Ulp), dass beim Concurse des Fiscus oder der Gemeinde die öffentlichen Sachen nicht mit zur Aktivmasse gezogen, also nicht als ein zur Execution geeigneter Bestandtheil des öffentlichen Vermögens sollen angesehen werden können, hat das Pr. Recht Thl. II Tit. 8 § 56 aufgenommen.

Erwähnt mögen hier noch werden die Bestimmungen über die unbedingte Extracommercialität der Kirchhöfe, die wir ja auch, im heutigen Rechte, zu den öffentlichen Sachen zählen müssen, wenigstens soweit sie im Eigenthum der bürgerlichen Gemeinde sind. Sie sind, so lange sie ihrem Zwecke dienen und noch 40 Jahre darüber hinaus, unbedingt

ausser Verkehr. Vgl. A. L. R. §§ 183, 682 II 11 und die Kab. Ord. vom 8. Januar 1830, 14. April nnd 26. October 1840.

§ 12.
Beschränkung des an den öffentlichen Sachen stattfindenden Eigenthums in Folge des Gemeingebrauchs und der Sonderrechte, insbesondere der regalen Nutzungsrechte.

Bezüglich des usus publicus in seinem Verhältnisse zu dem Eigenthum an der öffentlichen Sache gelten im Grossen und Ganzen noch die Grundsätze des römischen Rechts. Der Gemeingebrauch ist der Regelung und Beaufsichtigung der Verwaltungsbehörden unterworfen und kann durch die Gesetzgebung begrenzt werden.

Indessen hat sich das frühere Verhältniss des gemeinen Nutzens gegenüber den Sonderrechten, namentlich in Bezug auf die öffentlichen Flüsse, um ein Wesentliches geändert, und verschoben. Das Mass der möglichen Privatberechtigung ist grösser, die Grenzen des Gemeingebrauches sind enger geworden. Ja sogar hinsichtlich der Flüsse lässt sich sagen, dass nicht mehr das Sonderrecht eine Anomalie, eine Ausnahme von der Regel, sondern dass der Gemeingebrauch, der früher die Regel war, die Ausnahme geworden ist.[1]) Es ist dies durch den Einfluss der regalen Rechte geschehen. Dies sind Vermögensrechte des Staates, welche an und für sich in Gemässheit der rechtlichen Natur ihres Gegenstandes dem Gemeingebrauch hätten anheimfallen sollen, die aber aus historischen Thatsachen und Verhältnissen ausschliesslich dem Staate zustehen, welcher dieselben durch Verleihung an Private in Form von Belehnung, Kauf, Schenkung pp. zu einer Einnahmequelle für sich macht.[2]) Surrogat der Verleihung ist auch hier unvordenkliche Verjährung.[3]) Für

---

[1]) Siehe *Endemann* a. a. O. S. 27.

[2]) *Heimbach* a. a. O. Bd. 14 S. 124 fg.; *Bluntschli,* Privatrecht S. 225 fg.; *Behrend* (in *Holtzendorff's* Encyclopädie) S. 463 fg.

[3]) Zu derselben ist nach Preussischem Rechte der Ablauf von 44 Jahren, abgesehen von den übrigen Erfordernissen dieser (unge-

die rechtliche Beurtheilung dieser regalen Nutzungsrechte muss aber immer festgehalten werden, dass das Recht der Privatpersonen kein selbständiges und ursprüngliches, sondern nur ein vom Staate abgeleitetes ist, bei welchem letzteren das Regal selbst zurückbleibt, während der Private nur die Ausbeutung desselben hat. Die Folgen dieses Grundsatzes sind u. A. das Rückfallsrecht des Staates, d. h. die Befugniss der Wiedereinziehung der Gerechtigkeit für den Fall des Erlöschens, und das Caducitätsrecht d. h. die Befugniss, im Falle eines Missbrauches des Privilegiums dasselbe zurückzunehmen.[1])

Die wichtigsten sog. Flussregalien sind: Das Floss- (A. L. R. II 15 § 49) das Mühlen- (§ 229 ffg.) das Fischerei-[2]) (§ 73 fg. l. c.) das Fähren- und Prahmregal (§ 51 l. c.) [3])

Die beiden erstgenannten Regalien sind heutzutage in Folge der steten Zunahme der industriellen Thätigkeit von der grössten Bedeutung.

Was das Flossregal anlangt, so ist zu bemerken: Das L. R. behandelt nur die eine Art der Flösserei (jus grutiae), welche mit unverbundenen freien Hölzern bewerkstelligt wird. Diese ist nach L. R. § 49 II Tit. 15: „ein Vorbehalt des Staates, und darf, ohne Vorwissen desselben, von Privatpersonen nicht unternommen werden.“ Die andere Art der Flösserei (jus ratium), welche darin besteht, dass das Holz in gebundenen oder gespannten, von Menschen dirigirten

---

wöhnlichen) Verjährung nothwendig. Cfr. Allg. L. R. Thl. I Tit 9. § 629, und Min. Vfg. v. 15. October 1848 (M. Bl. S. 384).

[1]) S. Literatur zur Note 2.

[2]) Nach dem Sachsenspiegel (II 28) war der Fischfang in den öff. Gewässern für Jedermann erlaubt. Dies erkennen auch noch eine Anzahl Partikularrechte an, so z. B. die Sachsen Ernestinische Landesordnung von 1556 c. 79, 80, 81; das Landrecht für die Provinz Preussen Buch III Tit. 1 Art. 3.

[3]) Fähren und Prahmen zum eigenen Gebrauch kann jeder Anwohner des Flusses halten; nur das Recht, sie zur Uebersetzung für Geld zu halten, gehört zu den Regalien des Staates.

und auch mit anderen Sachen beladenen Flössen transportirt wird, betrachtet das L. R. als eine Art der Schiffahrt, und giebt mit dieser auch jene frei. § 47 l. c.

Das Mühlenregal ist nach Cancrin:[1]) „das Recht, die Flüsse zu Mühlen und andere Maschinen zu gebrauchen.“ Die Existenz eines Mühlenregals als gemeinrechtlich wird von Manchen geläugnet; doch spricht die gegebene geschichtliche Entwickelung für die Annahme eines solches. Das A. L. R. sagt § 220 l. c.: „das Recht, Wasser- und Schiffsmühlen an und in öffentlichen Flüssen anzulegen, ist ein Vorbehalt des Staats.“ — Die Verleihung dieser Gerechtigkeit an Private geschieht nur unter der gesicherten Voraussetzung, dass daraus für die Schiffahrt, sowie überhaupt für den gemeinen Gebrauch keinerlei Nachtheil entsteht. (Min. Ver. v. 31. October 1844, J. M. B. S. 290).

Bezüglich des Masses und Umfanges des Gemeingebrauches überhaupt zeigt das L. R. an einzelnen Beispielen, wie derselbe sich factisch zu bethätigen pflegt.[2])

Ueber das gemeinrechtlich sehr streitige Recht, Sand, Kiess, Steine und Schlamm aus dem Flussbett zu entnehmen, enthält das preussische Recht keine positive Bestimmung. Das Ober-Tribunal (Entsch. Bd. 42 S. 54) hat die Gewinnung dieser Nutzungen als für Jedermann freistehend erachtet.[3])

Der Gemeingebrauch ist, wie schon für das Röm. Recht bemerkt worden, für Niemand ein erworbenes Privatrecht;[4]) er findet im öffentlichen Recht seine Begründung, und wird von seiner Entstehung an bis zu seiner Aufhebung durch die staatlichen Verwaltungsbehörden geregelt. Hieraus resultirt z. B. dass ein Recht auf Fortbestehen der Publicität, ungeachtet von der zuständigen Behörde deren Aufhebung verfügt ist, nicht existirt (Urtheil des O. A. G. zu Celle,

---

[1]) Wasserrecht Bd. 1 Abth. 1 § 98; siehe auch *Heimbach* a. a. O. S. 144 fg.;

[2]) A. L. R. Thl. II Tit. 15 § 7, 47, 49, 57.

[3]) S. *Dernburg* Privatrecht, I Bd. S. 546.

[4]) *Seuffert*, Bd. 22 n. 213; Bd. 13 n. 208.

bei *Seuffert* XVII, 121); dass der Staat, wenn er aus polizeilichen Rücksichten den freien Verkehr beschränkt, nicht zur Entschädigungsleistung angehalten werden kann, es sei denn, dass durch diese Einschränkung des Verkehrs sonstige Privatrechte verletzt würden; ferner dass über die Frage, ob eine Sache eine öffentliche, dem gemeinen Gebrauche offenstehende sei, nicht der Civilrichter, sondern die zuständige Verwaltungsbehörde entscheidet. (*Seuffert* III, 148 und XVII, 285, Erk. des O. Trib. zu Stuttgart v. 9. Juni 1843 und des O. A. G. zu München v. 14. Mai 1864).

§ 13.
Schutz der öffentlichen Sachen.

Ueber den Schutz, den einerseits Staat und Gemeinde bezüglich ihres Eigenthums an den öffentlichen Sachen, und den andrerseits die Privatpersonen bezüglich ihrer Sonderrechte an den öffentlichen Sachen geniessen, dürfte Besonderes nicht zu erwähnen sein.[1])

Was den Schutz des Publikums in dem Gemeingebrauche gegenüber dem Staat und der Gemeinde betrifft, so ist hier Folgendes von Interesse:

Die Sorge für die Sicherheit, Unterhaltung und Bequemlichkeit des freien Gebrauches der öffentlichen Sachen in ihrem bestimmungsgemässen Umfange ist heutzutage öffentliche Pflicht des Staates und der Gemeinden. Ist durch Unterlassung dieser Pflicht für einen Privaten ein Schade herbeigeführt worden, so kann der Verletzte im Wege der Civilklage Schadensersatz verlangen. Nach preussischem Rechte richtet sich dieser Anspruch bei öffentlichen Sachen

---

[1]) Zum Schutze der verliehenen Gerechtigkeiten sind possessorische Rechtsmittel und eine dingliche Klage statthaft; letztere heisst nach der hergebrachten Servitutenanalogie actis confessoria utilis. S. *Puchta*, von den gerichtlichen Klagen, *Maurenbrecher*, dtsch. Privatrecht § 273, *Koch*, Pr. Processpraxis S. 312.

Vgl. A. L. R. Thl. II Tit. 14 § 6 in Verbindung mit Einl. § 70 und Thl. I Tit. 11 § 11.

des Staates gegen diejenigen Beamten, „welche bei der vom Staate ihnen aufgetragenen Sorge dafür sich eines groben oder mässigen Versehens schuldig gemacht haben;" A. L. R. II 15 § 12 bei Sachen der Stadtgemeinde gegen die letztere selbst; hier ist nicht der schuldige Beamte, sondern die Gemeinde unmittelbar verantwortlich. (Pr. des Ob. Tribunals v. 10. Februar 1838 und Pl. Beschluss vom 21. Juni 1847 (Entsch. Bd. 14 S. 92.)

Aber noch weiter geht der Schutz des Publikums dem Eigenthümer der öffentlichen Sachen gegenüber indem derselbe häufig selbst in solchen Fällen zum Schadensersatz verpflichtet ist, wo er, nur von seinem Rechte Gebrauch machend die Publicität der Sache aufhebt oder ändert, z. B. einem Strome in Folge künstlicher Anlegung eines neuen Flussbettes einen anderen Lauf giebt, eine öffentliche Strasse verlegt, durch Anlagen auf derselben den freien Verkehr der Strassenanlieger hindert. Vom Standpunkte des römischen Rechts fehlte eine Klage, indem die Interdikte nicht gegen öffentliche Behörden Anwendung finden konnten. Nach heutigen staatsrechtlichen Gesichtspunkten ist eine solche Schadensersatzklage gegen den Staat und die Gemeinde jedenfalls statthaft,[1]) und das A. L. R. erkennt dies im Thl. II Tit. 15 §§ 5, 71 ausdrücklich an.[2])

Der Usus publicus als solcher giebt freilich einen Anspruch auf Entschädigungsleistung nicht.

Die Fälle, wo Private in die Lage versetzt werden, gegen Dritte, welche durch willkürliche Anlagen oder Massnahmen sie im Gebrauche einer öffentlichen Sache hindern, den Rechtsweg zu beschreiten, und sich zur Erlangung des

---

[1]) Andernfalls würde das Eigenthum in hohem Masse gefährdet sein; auch könnten häufig die bedeutendsten Kapitalsanlagen nutzlos gemacht werden. — In diesem Sinne sind die Erkenntnisse in *Seuffert's* Archiv Bd. 7 n. 184; Bd. 28 n. 141; Bd. 22 n. 144 abgefasst.

[2]) S. *Dernburg* Pr. Privatrecht I Bd. S. 556, und auch *Sintenis*, gem. Civilrecht, I Bd. § 40 n. 37.

Gebrauches, zur Wiederherstellung des früheren Zustandes und zur Verfolgung von Schadensersatzansprüchen, der röm. Interdikte zu bedienen, werden heute wegen der Thätigkeit der öffentlichen Behörden ziemlich selten vorkommen. Die Möglichkeit jedoch, sie anzuwenden, ist nicht ausgeschlossen, namentlich sind sie noch praktisch und anwendbar, soweit sie Schadensersatz bezwecken.[1])

[1]) *Lauterbach,* coll. pand. III Bd. l. 13 Tit. 8 Nr. 7 und Tit. 13 Nr. 13; *Hagemann* prac. Erörterungen I Bd. Nr. 3; *Wernher* Observ. q. 5 obs. 139; *Sintenis,* Civilr. I Bd. § 40; *Puchta* Pand. § 35; *Bruns* in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte III S. 410; *Beseler* dtsch. Privatrecht § 76; *Cannengiesser,* decis. Tribun. appellat. *Hasso-Cassel* Tit. 1 dec. 114, Nr. 7 seq.; *Seuffert* Archiv Bd. 17 n. 99, 224, 246; Bd. 5 n. 27. —

Thesen.

1. Der Satz des römischen und preussischen Rechts, dass Gelder, die ausdrücklich zum Spielen oder Wetten oder zur Bezahlung des dabei gemachten Verlustes geliehen werden, nicht eingeklagt werden können, ist strict zu interpretiren.
2. Der Satz des gemeinen Rechts petitorium absorbet possessorium ist im preussischen Recht nicht anerkannt.
3. Die Bestimmungen des deutschen Reichs-Strafgesetzbuches über Theilnahme finden auf fahrlässige Vergehen Anwendung.
4. Durch § 231 der neuen deutschen Civilprocessordnung ist die Provokation ex lege Diffamari und Si contendat überflüssig gemacht.
5. Das Schöffeninstitut des neuen deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes erinnert durchaus an die Schöffen des Mittelalters.

Lebenslauf.

Verfasser, Simon Hirsekorn, am 27. Januar 1854 als ältester Sohn des Kgl. Commissionsraths A. Hirsekorn zu Dt. Crone geboren, mosaischen Glaubens, empfing seine Schulbildung auf dem Kgl. Gymnasium zu Dt. Crone. Nachdem er das letztere im Herbst 1872 mit dem Zeugniss der Reife zur Universität verlassen, widmete er sich in Leipzig, Bonn und Berlin dem Studium der Rechte. Im Januar 1876 bestand er seine erste juristische Prüfung und wurde demnächst am 23. Februar 1876 als Referendar vereidet. Am 8. August 1879 legte er vor der juristischen Fakultät der Universität Berlin sein Doctorexamen ab.

Seinen verehrten Universitäts-Lehrern spricht der Verfasser seinen aufrichtigsten Dank aus, namentlich den Herren Proff. DDr. Berner, Beseler, Brunner, Bruns, Dambach, Dernburg, Gneist, Hinschius, Rubo, Sell und von Wächter.

Inhalts-Uebersicht.

